

Informe Comentarios al anteproyecto de la Comisión Experta

Gonzalo García, Miriam Henríquez, Pablo Méndez, María José Arancibia, *Instituto Chileno de Derecho de Consumo*, Victoria Martínez, Sebastián Salazar, María Paz Valdivieso, Enrique Rajevic, Víctor González, Romina Rodríguez y Ariel Pérez

Autores

Sebastián Salazar Pizarro

Editor

El Núcleo Constitucional UAH es una iniciativa de la Universidad Alberto Hurtado que busca contribuir en la discusión constitucional a través del conocimiento, reflexiones y propuestas de sus académicas, académicos, investigadores y expertos de la UAH en las áreas que se abordarán en este espacio y desarrollar capacitaciones y actividades posteriores al proceso constituyente, por ejemplo, diplomados, talleres y asesorías.

Los principales ejes de análisis:

- Género y Diversidades
- Sistema de Justicia
- Modernización de la Gestión Pública
- Derechos Sociales
- Diálogo y Gestión de Conflictos

Quienes Somos:

Miriam Henríquez Viñas

Directora Núcleo Constitucional UAH

Gonzalo García Pino

Director Núcleo Constitucional UAH

Sebastián Salazar Pizarro

Coordinador académico Núcleo Constitucional UAH

María Paz Valdivieso Ruiz-Tagle

Coordinadora ejecutiva Núcleo Constitucional UAH

Lieta Vivaldi

Coordinadora Eje Género y Diversidades Núcleo Constitucional UAH

Nicolás Ried

Coordinador Eje Género y Diversidades Núcleo Constitucional UAH

Rafael Blanco

Coordinador Eje Sistema de Justicia Núcleo Constitucional UAH

Diego González

Coordinador Eje Sistema de Justicia Núcleo Constitucional UAH

Enrique Rajevic

Coordinador Eje Modernización de la Gestión Pública Núcleo Constitucional UAH

Víctor González

Coordinador Eje Modernización de la Gestión Pública Núcleo Constitucional UAH

Matías Salazar

Coordinador Eje Modernización de la Gestión Pública Núcleo Constitucional UAH

Carolina Meza

Coordinadora Eje Derechos Sociales Núcleo Constitucional UAH

Gustavo Poblete

Coordinador Eje Derechos Sociales Núcleo Constitucional UAH

Rosa María Olave

Coordinadora Eje Diálogo y Resolución de Conflictos Núcleo Constitucional UAH

Mónica Valdés

Coordinadora Eje Diálogo y Resolución de Conflictos Núcleo Constitucional UAH

Para mayor información visitar

www.nucleo.uahurtado.cl

CONTENIDOS

- 1 Introducción
- 3 La dinámica constitucional de conflictos de poder en el anteproyecto constitucional
- 12 El orden constitucional propuesto en el anteproyecto de constitución
- 25 Derecho administrativo sancionador y nueva constitución
- 33 Comentario al artículo 16 n° 35 “el derecho de autor sobre sus obras”
- 36 Derechos de los consumidores, SERNAC y las asociaciones de consumidores
- 40 Los cuidados en el anteproyecto de la Comisión Experta
- 48 Estados de excepción constitucional
- 52 Mecanismos de participación ciudadana en el anteproyecto de nueva constitución
- 58 Algunos aspectos de la administración del Estado y la toma de razón en el anteproyecto de constitución de la Comisión Experta de 2023
- 65 Reordenación del sistema de control jurisdiccional sobre los actos administrativos
- 73 “Fuerzas armadas”, “Fuerzas de Orden y Seguridad Pública” y “disposiciones generales”
- 81 Fortalezas y/o debilidades de las recomendaciones por la Comisión Experta respecto a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos
- 87 Acción de inaplicabilidad: presente y ¿futuro?

INTRODUCCIÓN

El día 7 de junio de 2023 se realizó la instalación del Consejo Constitucional en la sede del Congreso Nacional en la ciudad de Santiago. En dicho día se procedió a la investidura de los cincuenta consejeros constitucionales electos el día 7 de mayo pasado, así como también la elección de la Mesa Directiva de esta instancia representativa.

El Consejo Constitucional ha recibido el informe final y Anteproyecto de Nueva Constitución elaborado por la Comisión Experta durante la primera etapa del proceso constitucional vigente, impulsado por la Ley N° 21.533 de 17 de enero del año en curso. Por tanto, le corresponderá al citado órgano representativo la finalidad de discutir y aprobar la propuesta de texto de Nueva Constitución, la que será sometida a la decisión de la ciudadanía en un plebiscito que se realizará el día 17 de diciembre del presente año.

En consideración del proceso de deliberación que deberán llevar a cabo los consejeros constitucionales y los comisionados expertos durante los próximos meses, el equipo directivo y coordinador del Núcleo Constitucional UAH ha adoptado la decisión de colaborar en el señalado proceso. Mediante la preparación de un informe que analiza diversas aristas y

materias del Anteproyecto elaborado por la Comisión Experta.

El Núcleo Constitucional UAH es una iniciativa impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado que considera un trabajo de reflexión interdisciplinaria y una instancia de vinculación con el medio de la Universidad en el marco del proceso constitucional en curso.

Los principales objetivos de esta iniciativa son:

1. Incidir en la discusión constitucional, tanto en los diversos organismos que el vigente proceso constitucional contempla, como la Comisión Experta, el Consejo Constitucional y el Comité Técnico de Admisibilidad, como en la opinión pública;
2. Difundir la masa crítica de académicas, académicos, investigadores y expertos de la UAH;
3. Desarrollar capacitaciones y actividades posteriores al proceso constitucional, por ejemplo, diplomados, talleres y asesorías.

Es dentro de estas líneas de acción en las que se enmarca el informe que presentamos al Consejo Constitucional, a la Comisión Experta, al Comité Técnico de Admisibilidad, a la academia, a los centros de reflexión o pensamiento, así como a toda la opinión pública interesada en el debate constitucional actual, el que lleva varios años en el país.

Además, este informe cumple un importante objetivo, pues se trata de un esfuerzo mancomunado con otros centros e institutos que buscan aportar al debate desde una perspectiva interdisciplinaria. Es así como este informe cuenta con el patrocinio del Centro Interdisciplinar de Políticas Públicas de la Universidad Alberto Hurtado (CiPP UAH), pues dentro de los autores hay tres investigadores asociados al citado centro que aportan con sus reflexiones sobre diversas materias de interés constitucional y jurídico. Pero también se ha logrado contar con la colaboración del Instituto Chileno de Derecho de Consumo (IChDC), instancia de estudio, discusión y difusión de Derecho del Consumo en nuestro país, quienes contribuyen con un capítulo en el presente informe.

El informe contiene trece aportes formulados por once académicos y profesores colaboradores, pertenecientes a los diversos departamentos que componen la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, dividiéndose en tres grandes partes. La primera se refiere a materias

transversales al Anteproyecto de Nueva Constitución, tales como la distribución del poder en las normas propuestas y el sistema de fuentes formales del Derecho que el mencionado texto contempla.

La segunda parte del informe presenta comentarios sobre materias de interés en la parte dogmática del Anteproyecto, tales como el Derecho Administrativo Sancionador, el derecho de autor sobre sus obras, el derecho de los consumidores, el derecho a los cuidados y los estados de excepción constitucional. Todas estas materias están contenidas en el capítulo II, titulado Derechos y Libertades Fundamentales, Garantías y Deberes Constitucionales.

Por último, y respecto a la parte orgánica, el informe se refiere a aspectos de interés tales como mecanismos de participación ciudadana, comentarios sobre la administración del Estado, el sistema de control jurisdiccional de los actos administrativos, las disposiciones referentes a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el Poder Judicial y la acción de inaplicabilidad en sede de la Corte Constitucional.

Para finalizar, ponemos a disposición el presente informe, con la finalidad de seguir colaborando en la actual discusión constitucional de nuestro país, esta vez, con el proceso constitucional en curso y la deliberación en el Consejo Constitucional.

LA DINÁMICA CONSTITUCIONAL DE CONFLICTOS DE PODER EN EL ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL

Por Gonzalo García Pino¹

I.- La dinámica constitucional de las normas

La Constitución no solo hay que enjuiciarla desde la dimensión estática y abstracta de las normas. La Constitución es un sistema jurídico que propicia un complejo artefacto destinado a producir efectos jurídicos. Es una obra de ingeniería constitucional porque se parecen estos textos a “las máquinas, esto es, a mecanismos que deben “funcionar” y producir algo (...), que no es muy probable que las constituciones funcionen como se desea a menos que empleen las “maquinarias” de Bentham, es decir, los castigos y las recompensas”².

No obstante, esta dimensión no es puro utilitarismo mecanicista, sino que se trata de una cuestión que ya estaba incluida dentro de los principios fundantes de la teoría jurídica. No voy a entrar en el análisis de los sistemas jurídicos, sin embargo, desde Kelsen se distinguen dos ti-

pos de sistemas normativos: los estáticos y los dinámicos. “El sistema jurídico sería considerado desde un punto de vista estático cuando se centra la atención en el contenido conceptual de sus expresiones normativas, en tanto que sería considerado desde un punto de vista dinámico cuando se hace referencia a las autoridades y a los procedimientos seguidos para la producción de normas”³.

De este modo, en un ejercicio de simplificación, hay simbiosis en los contenidos conceptuales y procedimentales de la Constitución puesto que ambos no pueden concebirse únicamente en una perspectiva puramente estática, sino que producen un movimiento en el ordenamiento a partir del desarrollo de competencias lógicas que configuran a su vez nuevas normas o criterios de definición del derecho.

Lo que está en juego es si en las Constituciones sólo debemos examinar, ex ante y guiadas por el principio de justicia y

-
- 1 Codirector del Núcleo Constitucional UAH y académico del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid.
 - 2 SARTORI, Giovanni (1995), Ingeniería constitucional comparada, reimpresión primera edición, Fondo de Cultura Económica, México, p. 9.
 - 3 FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, José Luis (2011), Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos, Marcial Pons, Madrid, p. 14.

racionalidad de sus reglas, o también debemos prever sus consecuencias *ex post*.

Asumir estas condiciones del presupuesto de las normas es una cuestión central. Por ejemplo, cuando prohibimos el trabajo infantil⁴, estamos haciendo un ejercicio *ex ante* de justicia por el desarrollo de oportunidades vitales para el futuro de esos niños, niñas y adolescentes. Son actos de justicia por sí mismos. Y debemos asumirlos también como consecuencias *ex post*. El uso alternativo del tiempo de los niños de no trabajo debe estar sustituido por esas oportunidades: educación obligatoria y gratuita, así como mecanismos de accesibilidad y no discriminación en el desarrollo de esos servicios educacionales⁵. Esa norma se despliega en toda su justicia por las consideraciones *ex post* de su desarrollo, de lo que se sigue que las consecuencias no son intrascendentes a la consideración puramente inicial de la norma.

Asumidas estas distinciones realizaremos algunas pequeñas referencias sobre la dinámica que algunas normas del anteproyecto constitucional introducen en la perspectiva de la distribución del poder.

II.- Análisis de algunas dinámicas constitucionales de normas de poder

El anteproyecto constitucional contiene un sinnúmero de “castigos y recompensas” y sería arduo examinarlos en su globalidad. Por ende, solo nos centraremos en tres modalidades que manifiestan el modo en que las normas concebidas inicialmente para provocar un determinado efecto pueden producir otro definitivamente contrario.

Partimos de la base de la buena fe en la consideración de estos procesos de cambio o de mantenimiento eventual de algunas reglas, por parte del excelente trabajo mancomunado de la Comisión Experta, pero que pueden torcer el destino de su finalidad o no producir el efecto promovido.

a.- Efecto neutro del cambio: el caso de los foros de deliberación

Una de las transformaciones más significativas que propone el anteproyecto constitucional es la configuración de mecanismos de participación inéditos en

4 Anteproyecto constitucional Art. 16.25 literal c) “Ninguna clase de trabajo está prohibida, salvo el trabajo infantil ...”.

5 Anteproyecto constitucional Art. 16.22 literal b) La educación se rige por los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad, no discriminación y los demás que disponga la ley. El Estado tiene el deber ineludible de fortalecer la educación en todos sus niveles y fomentar su mejoramiento continuo, ejerciendo labores de promoción, regulación y supervigilancia.” (...) Y literal d) “La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar y coordinar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media la obligatoriedad se extenderá hasta cumplir los veintidós años de edad.”

el constitucionalismo chileno y también sudamericano.

Todos sabemos que la democracia representativa es una modalidad tradicional de ejercicio de la participación de los ciudadanos en un régimen político, el que está signado por enormes insuficiencias. Estas dificultades están a la vista, puesto que reducen el sentido de la democracia del pueblo a una secuencial votación episódica cada cuatro años, según la modalidad de elección nacional, regional o local. Esa forma de ejercicio del poder democrático resulta incompatible con el incremento espectacular de mecanismos tecnológicos, redes sociales y formatos técnicos que han desvirtuado el poder de mediación de los representantes —en cuanto parlamentarios o partidos políticos, debilitando su función de auténticos representantes.

Si bien no hay formatos democráticos que hayan estabilizado un modo de entender diferente a la democracia representativa ni menos que la anulen, lo cierto es que necesita formatos participativos para profundizar la conexión del sistema democrático con las demandas de su pueblo.

En tal sentido, el anteproyecto constitucional incorpora variados instrumentos de iniciativa de ley, de iniciativa de dero-

gación de ley y los foros de deliberación, entre otros elementos de esta caja de herramientas constitucionales.

El artículo 50 del anteproyecto nos indica en su primer numeral:

“1. La ley establecerá **foros de deliberación ciudadana** que colaborarán en la resolución de una **materia específica de debate público**, sea esta de alcance nacional, regional o comunal, previamente **definida por la autoridad que corresponda en cada caso**. Los foros de deliberación serán de **carácter consultivo** y tendrán el deber de deliberar y efectuar recomendaciones sobre los asuntos que expresamente se sometan a su conocimiento en conformidad a la ley.”

Las experiencias de los foros o asambleas ciudadanas vienen de algunas democracias de origen europeo y anglosajón que han acumulado un conjunto de evidencias significativas sobre sus aportes y limitaciones. No es lo mismo el caso del Foro ciudadano holandés del 2006 y la Asamblea de Ciudadanos de Ontario que la Convención constitucional de Irlanda de 2012, poniendo ejemplos de casos con límites y éxitos, respectivamente⁶. Tam-

⁶ GARGARELLA, Roberto (2019), “De la democracia participativa a la deliberación inclusiva: “mini-públicos”, loterías y constituciones elaboradas por la ciudadanía (crowdsourced constitutions). Comentarios muy preliminares”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año V, N° 9, 2019, Poder Judicial, Costa Rica. CAMARELLES QUERALT, Gabriel (2023) “Asambleas ciudadanas y reformas constitucionales en Islandia e Irlanda: sorteo y de-

poco esta es la oportunidad de revisarlos exhaustivamente, porque en todos los casos han implicado un esfuerzo significativo para sacar adelante algunas materias particularmente complejas, como las reformas de sistemas electorales o leyes emblemáticas que pueden ser divisivas para las convicciones de diversos grupos de la sociedad.

En general, se trata de modalidades que dependen del modo en que se conciben por parte de los poderes del Estado.

La manera en que está concebido por la Comisión Experta es favorable a cualquier propósito nacional, regional o local. En tal sentido, hemos especificado que su efecto **es neutro**. Nos alegramos de que esta iniciativa sea creada y creemos que los expertos han previsto un enfoque inicial más bien tímido. Por lo mismo, su normativa está pensada para ser creada y después veremos para qué sirve. De este modo, el diseño aparece desconectado de las instituciones representativas. Creo que esa conexión es central que se produzca a objeto que no se trate de una ins-

titucionalidad vacía. En este caso, abogo por su mantención, pero profundizando en sus alcances reales.

b.- Efecto perverso: la degradación de la supremacía constitucional de la Corte Constitucional

La ardua discusión⁷ acerca del alcance del control preventivo del Tribunal Constitucional ha devenido en la propuesta de los expertos en la reducción de sus atribuciones y en una ampliación de otras competencias.

En lo práctico elimina el control preventivo obligatorio de contenido sustancial, preservando el control de constitucionalidad sobre la base de vicios formales y con un mecanismo de consulta a la Corte Constitucional⁸.

Más allá de la plausibilidad de éxito de los mecanismos a utilizar, según lo estipulado en el artículo 169 del Anteproyecto, por la exigencia de una declaración de inconstitucionalidad de 2/3 de los miembros de la Corte, lo cierto es que la so-

liberación como instrumentos de profundización democrática”, Revista Internacional de Filosofía, N° 88, Daimon, España.

⁷ Entre algunos de los tantos trabajos sobre esta materia, ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2005), “Problemas del control preventivo de constitucionalidad de las leyes”, Estudios Constitucionales, N° 3, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. PFEFFER URQUIAGA, Emilio. (1998), “Algunos de los problemas que se derivan del control preventivo obligatorio de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las leyes orgánicas constitucionales”, Ius et Praxis, Vol. 4, Año 1, Universidad de Talca; VERDUGO, Sergio (2010), “Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador”, Estudios Constitucionales, N° 8, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

⁸ Art. 169 literales a) y b) del anteproyecto constitucional.

lución es del todo compleja puesto que introduce a la Corte en el examen de los vicios formales de la ley institucional del Congreso:

“Son atribuciones de la Corte Constitucional: a) Resolver, por las dos terceras partes de sus integrantes en ejercicio, las cuestiones por **infracciones de procedimiento o de competencia establecidas** en la Constitución **o en la ley institucional del Congreso Nacional** y que se susciten durante la tramitación de proyectos de ley, de reforma constitucional y de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso.”

Una norma de esta naturaleza es una convocatoria para examinar los conflictos del derecho parlamentario sin referencia alguna a la Constitución. ¿Cuál es el parámetro de control si lo que se debe controlar es un vicio legal? Asimismo, no es descartable que este vicio legal se funde, a su vez, en infracción de los reglamentos de cada una de las cámaras legislativas.

En este caso no se trata ya de la inclusión de una materia del todo ajena a los mecanismos de control de constitucionalidad, sino que implica la introducción de los criterios de la Corte dentro de la tramitación y formación de las leyes. No hay un título especial que tenga la Corte Constitucional que la habilite para entrar en esa dinámica que es propia de un de-

recho colegiado, liviano, tamizado de soluciones políticas y cuya forma se resuelve por mayorías simples que después se transforman en normas reglamentarias.

Además, el alto quórum exigido de 2/3 crea más problemas cuando se constata por una mayoría de la Corte un vicio que no alcanza ese quórum. ¿Acaso se subsana por no alcanzar una mayoría superior? Es previsible que esta atribución nueva para la Corte introduzca una devaluación real de la supremacía constitucional, lo que se potencia por un horizonte inexacto e incierto del régimen consultivo y de los deslindes de los vicios competenciales.

Por el contrario, el mecanismo para el Congreso es un instrumento poderoso para la instrumentalización de conflictos, para complejizar la relación con el Gobierno y para introducir tensiones que escalan sin poder desmontarlas. En la práctica, la dinámica de la norma debilita a la propia Corte y hay que sugerir su supresión, en particular, de la expresión (o en la ley institucional del Congreso Nacional).

c.- Efecto inútil: la prohibición de intervención judicial en políticas públicas de derechos sociales

Este anteproyecto constitucional es hijo de su tiempo y uno de los asuntos que ha cruzado las deliberaciones constitucionales es el límite de la judicialización de los derechos sociales.

Conocida es la estructura no social de los derechos y libertades que la Constitución chilena no protegió mediante acciones constitucionales⁹. Sin embargo, ello no impidió la litigación indirecta de derechos sociales constitucionales mediante derechos individuales¹⁰ o procesales¹¹. O importando estrategias externas en el ámbito del acceso a la información pública¹² o de litigios estructurales¹³.

Lo cierto es que durante todo el siglo XXI se fueron acumulando casos que cada vez más fueron profundizando los litigios en el ámbito social, sea en sede ordinaria como en sede constitucional. El eje central de esta discusión tomó el punto más alto de la ecuación con la tramitación cuantitativamente más grande de toda la historia con millones de acciones de protección presentadas en las Cortes de Apelaciones después de la declaración de

inconstitucionalidad de alguno de los criterios que permitían determinar el precio del contrato de salud en el ámbito privado¹⁴. En paralelo, otras acciones del ámbito jurisdiccional se pronunciaban sobre acceso a procedimientos, remedios y acciones de salud, siendo las más conocidas aquellas que derivaban en el cuestionamiento de la Ley 20.850.

En la práctica, estas acciones judiciales, que implicaron una ampliación y cuestionamiento de políticas públicas en salud, incluyendo los criterios de solución de conflictos frente a recursos escasos, importaron una pretensión de un doble movimiento de los expertos. Por un lado, consagrar derechos sociales y, por la otra, limitar sus garantías jurisdiccionales como un recurso posterior de legalidad y no discriminación en el otorgamiento de la prestación social.

-
- 9 GÓMEZ, Gastón (2005), *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago. PFFEFER URQUIAGA, Emilio (2006), “El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile”, *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. MOHOR, Salvador (2014), “El recurso de protección y los derechos sociales. Una deuda pendiente”, *Revista de Derecho Público*, Número especial de marzo, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
 - 10 VERGARA BLANCO, Alejandro (1991), “La propietarización de los derechos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Volumen 14.
 - 11 LARROCAU TORRES, Jorge (2019), “La expansión procesal de los derechos fundamentales en Chile”, *Revista de Derecho Privado*, N° 37, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
 - 12 ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (coordinador 2007), *Los derechos sociales. Del acceso a la información a la justicia*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
 - 13 CANO, Luisa (2015), *El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia*, *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública*. Argentina.
 - 14 La Sentencia Rol 1710/2010 del Tribunal Constitucional es central en este proceso hasta la actual Sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema Rol 16.630-2022 y otras que declararon la obligación de devolución de excesos que deben ser restituidas como excedentes y que comprometen la salud financiera del sistema privado de salud en Chile.

En ese contexto fue que incorporaron una cláusula especial dentro del artículo 25 del anteproyecto constitucional que indica lo siguiente:

Artículo 25. “Las medidas adecuadas para la realización de los derechos indicados en el artículo anterior serán determinadas por la ley y las normas fundadas en ella. **En la aplicación e interpretación de las disposiciones de este artículo, los tribunales no podrán definir o diseñar políticas públicas que realizan los derechos individualizados en el artículo precedente.**”

El objetivo de la norma no puede ser más claro. En nombre de la separación de poderes, que es una de las bases constitucionales de este proceso¹⁵, se le impide “**definir o diseñar**” políticas públicas. Sin embargo, ese propósito de la norma comporta una mecánica de muy fácil cumplimiento.

En una sentencia cualquiera sobre acceso a medicamentos para enfermedades raras o poco prevalentes (trikafta en caso de fibrosis quística), la Corte Suprema tiene una regla de estilo que reza:

“Que, sin embargo, es preciso dejar expresamente asentado que, aun cuando la imposición de medidas como

la descrita precedentemente responde a una manifestación de las atribuciones propias de este tribunal, **ella no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado**, cuya singularización no cabe efectuar a este tribunal.” (Sentencia de la Corte Suprema, Rol 170.561-2022, c. 15°).

En esta sentencia se resume todo el caso. Basta la señal de que no hay referencia alguna a un **diseño o definición política**. Incluso más, la intervención judicial es un mandato que emana directamente de la Constitución puesto que ésta le otorga la condición de que debe hacerlo:

“Por el contrario, la Corte Suprema se limita, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, a **disponer la adopción de aquellas providencias necesarias**, a su juicio, para **salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental**, mas no se halla en situación de definir, ni pretende hacerlo, cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades

¹⁵ Art. 154.7 de la Constitución: 7. Chile tiene tres poderes separados e independientes entre sí:

- a) Poder Ejecutivo, con un jefe de Gobierno con iniciativa exclusiva en la presentación de proyectos de ley que incidan directamente en el gasto público.
- b) Poder Judicial, con unidad jurisdiccional y con pleno respeto de las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas.

competentes, pues **el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a estas últimas.**”.

En síntesis, se trata de un caso, como miles más en donde está puesto en juego el derecho a la vida y a la integridad personal (art. 19 N° 1 hoy y 16.1 y 16.2 en el anteproyecto), todos respecto de la acción de protección (art. 20 hoy y 26 en el anteproyecto) y con declaraciones interpretativas que sí tienen sentido porque la mesa del diseño (Ejecutivo) o definición (Ejecutivo/Legislativo) es un ámbito formal dentro del cual tiene casi nula participación el Poder Judicial (salvo cuando es oída la Corte Suprema en proyectos sociales y con garantías legales).

La dinámica de la norma se queda en una intención que no va a la raíz. El artículo 154.7 de la Constitución exige que la iniciativa del gasto público le compete al Presidente de la República y, en los ca-

sos judiciales, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema inciden en el gasto fiscal y lo definen sin norma alguna y como el efecto ampliado de la interposición de las acciones. En consecuencia, más que diseñar o decidir políticas públicas lo que hacen mediante la acción de protección regular, sobre derechos individuales, con estrategias indirectas de judicialización de derechos sociales, es prolongar el acceso a bienes públicos de quienes tienen posibilidades de litigar en el ámbito judicial.

El efecto dinámico de la judicialización en políticas sociales (no querido por los promotores de la reforma) deviene en el desajuste del principio de igualdad y termina favoreciendo a aquellos que han tenido la opción real de litigar en tribunales, por más que se revista de la condición de litigio estructural¹⁶.

En consecuencia, el efecto prometido de evitar la intervención judicial en determinadas prestaciones sociales se torna completamente inútil.

16 “En Colombia el litigio logró un equilibrio entre los derechos individuales y un interés social más amplio, cuyo resultado final fue la sentencia C 760/2008, la cual abordó el tema desde una perspectiva general del sistema de salud. Sin embargo, también describen el litigio como un tipo de activismo judicial que pudo haber coartado un camino transformador por las características propias del sistema de salud colombiano. Es decir, un sistema de competencia, que proporciona condiciones previas para el litigio, y que, sumado al acceso fácil al sistema de justicia vía tutela, produjo un espacio económico para ejercer el derecho, pudiendo ocasionar una carga insostenible para el sistema. Durán y Uprimny plantean que los excesivos fallos de tutela por servicios de salud producen un alto costo para el sistema por la focalización de recursos en el cumplimiento de mismos, lo cual representa un factor disruptivo en los procesos de universalización, por numerosos casos individuales que consumen altos recursos.” CABALLERO ROJAS, Helio y MOJICA PERILLA, Mónica (2021), “El derecho a la salud, el litigio y el aporte de la Corte Constitucional colombiana: una revisión sistemática de literatura”, *Interface*, Interface (Botucatu). 2021; 25: e200331, Brasil. El texto referido de Durán y Uprimny es Durán J, Uprimny Yepes R.(2014), *La judicialización de la salud en Colombia: el desafío de lograr los consensos hacia mayor equidad y cobertura universal*. Santiago: CEPAL.

El propósito de este pequeño trabajo es identificar tres ámbitos en que desde la dinámica de las normas se pueden producir efectos neutros, contraproducentes o inútiles, y es obligación de quienes tienen la oportunidad de revisar estas normas cautelares, no solo el diseño estático, sino que sus previsible consecuencias para lo cual se recopilamos tres casos dignos de estudio.

EL ORDEN CONSTITUCIONAL PROPUESTO EN EL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN

Por Miriam Henríquez Viñas¹⁷

I.- Introducción

La Constitución es una fuente del Derecho que regula, además de la organización del poder y los derechos fundamentales, la forma de producción de las demás normas jurídicas. Una de las tareas esenciales de la Constitución es determinar los órganos competentes para la producción de las normas jurídicas, las categorías normativas a través de las cuales se expresan dichos órganos y las relaciones entre las mismas.

El presente análisis pretende: a) identificar la regulación que el anteproyecto elaborado por la Comisión Experta hace de las principales fuentes del ordenamiento constitucional; b) reconocer las principales innovaciones en la producción de las reformas y reemplazos constitucionales, tratados internacionales y leyes (por motivos de extensión no se aborda la legislación delegada ni la potestad reglamentaria); c) señalar los asuntos que podrían ser problemáticos y; d) formular algunas conclusiones preliminares y pro-

puestas a considerar en el futuro texto Constitucional.

II.- La Constitución suprema, rígida, garantizada jurisdiccionalmente y con eficacia directa

El anteproyecto dispone en el artículo 8.1 la supremacía constitucional, que es la característica de la Constitución que determina que las normas inferiores deban cumplirla, prevaleciendo sus normas en caso de conflicto normativo. La propuesta señala en términos idénticos a la Constitución vigente (artículo 6): “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República.”.

La rigidez constitucional implica que la reforma de la Constitución debe realizarse por un procedimiento distinto y más agravado que aquel contemplado para el proceso legislativo común. El anteproyecto da cuenta de la rigidez de la Constitución en el capítulo XIV dedicado a la reforma constitucional, e innova al tratar el

¹⁷ Codirectora del Núcleo Constitucional UAH y académica del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Investigadora asociada del Centro Interdisciplinar de Políticas Públicas de la Universidad Alberto Hurtado. Doctora en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela.

reemplazo constitucional. Ambos asuntos se analizarán en el apartado siguiente. La consecuencia de la rigidez constitucional radica en que las normas infra-constitucionales que infrinjan o contradigan la Constitución no la reforman, sino que la contravienen.

Por su parte, el órgano especialmente encargado de garantizar la supremacía constitucional es la Corte Constitucional, según lo expresa el artículo 165.1: “La Corte Constitucional es un órgano jurisdiccional, autónomo y técnico, cuya función es garantizar la supremacía de la Constitución.” Además, la Contraloría General de la República, prevista en el capítulo XI, está dotada de competencia para realizar un control de constitucionalidad, con carácter previo y abstracto, de las normas infralegales —como los decretos, resoluciones y otros actos administrativos— y con jerarquía legal —como los decretos con fuerza de ley— de conformidad con el artículo 190 del anteproyecto.

El anteproyecto definió, en los mismos términos que la Constitución vigente, que la Carta Fundamental posea eficacia directa. La eficacia de la Constitución puede ser directa o indirecta. La primera importa la aplicación de la Constitución por todos los órganos llamados a aplicar el ordenamiento jurídico, esencialmente los jueces. La eficacia indirecta constituye un mandato al legislador, que sólo afectará a la actividad de los demás órganos del

Estado en la medida en que se haya incorporado a las leyes. El sentido escogido por el anteproyecto es la eficacia directa de la Carta Fundamental, dispuesta en términos semejantes a los de la Constitución Política de la República (en delante de la Constitución vigente), de conformidad con el artículo 8.2: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”

Como se advierte, el anteproyecto plantea una Constitución normativa, suprema, rígida, garantizada jurisdiccionalmente y con eficacia directa. En esta caracterización, las innovaciones son menores respecto a la Constitución vigente.

III.- Reforma y reemplazos constitucionales

En este apartado se analiza: a) el procedimiento de reforma constitucional; b) la participación popular en el procedimiento de reforma, esto es referendo y/o iniciativa popular; c) los límites al poder de reforma; d) el control de constitucionalidad de la reforma; y e) el reemplazo constitucional, como principal innovación.

El anteproyecto de la Comisión Experta, entre los artículos 208 a 210, trata sobre la reforma constitucional:

1. Mantiene lo dispuesto por la Constitución vigente sobre los órganos con competencia para reformar la Carta Fundamental. De esta forma, el poder de reforma se ejerce por el Presidente de la República, el Congreso Nacional y en ciertos casos —de referendo constitucional— por el propio electorado (artículos 208.1, 209 y 210).

2. Señala, al igual que la Constitución de 1980, que en lo no previsto en este capítulo le serán aplicables las normas sobre formación de la ley (artículo 208.3).

3. Se aleja de la Constitución Política —previo a la reforma N° 21.481 de 2022— y establece un único quórum de aprobación de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 208.2), mismo quórum exigido para la aprobación, modificación o derogación de las leyes interpretativas de la Constitución (artículo 81). La diferencia con la Constitución de 1980 —antes de la mencionada modificación de 2022— es que no se distinguen los quórums de aprobación según las materias constitucionales contenidas en los distintos capítulos. Por ejemplo, para reformar el capítulo de las bases de la institucionalidad se requería de la aprobación de 2/3 partes de los diputados y senadores en ejercicio y para modificar el capítulo del Ministerio Público se requerían de 3/5.

4. Se establecen distintas fórmulas ante la discrepancia del Presidente de la República (veto) y el Congreso Nacional (insistencia), tales como el referendo (artículo 209).

5. No establece límites materiales explícitos a la reforma, dado que ninguna temática o asunto ha sido sustraído expresamente de la reforma. Por el contrario, la propuesta permite la reforma respecto de todas sus disposiciones, incluso de las normas sobre la reforma y las normas sobre el reemplazo constitucional, con el único requisito que estas últimas (artículo 211) se modifiquen con el quórum agravado de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio (211.6). De este modo, toda la Constitución sería modificable.

6. En relación con el control de constitucionalidad, se prevé un control previo y facultativo, residenciado en la Corte Constitucional y circunscrito a los vicios formales, excluyéndose expresamente los vicios materiales o sustantivos. Esto último es consistente con el no establecimiento de límites materiales a la reforma.

El anteproyecto de la Comisión Ex-perta en el artículo 169.a) señala que es atribución de la Corte Constitucional resolver por dos tercios de sus integrantes en ejercicio “las cuestiones por infracciones de procedimiento o de competencia

establecidas en la Constitución o en la ley institucional del Congreso Nacional” y que se susciten durante la tramitación de proyectos de reforma constitucional.

En cuanto a la oportunidad del control, la propuesta no la señala expresamente. Sí lo hace respecto a los proyectos de ley y lo fija “antes de la promulgación de la ley”. En todo caso, el control debiera ser previo a la entrada en vigor de la reforma, por ejemplo, antes de la promulgación de aquella.

Como se trata de un control facultativo, se mencionan los órganos legitimados para requerirlo: el Presidente de la República, las Cámaras y una tercera parte de sus integrantes.

El efecto de la sentencia de la Corte Constitucional no es la mera declaración de inconstitucionalidad del proyecto de reforma. El anteproyecto señala que las disposiciones que la Corte Constitucional declare inconstitucionales no podrán convertirse “en ley” si los vicios no hubieren sido enmendados (170.2). En caso de acogerse la cuestión, la Corte Constitucional remitirá los antecedentes a la Cámara respectiva con el fin de que subsane el vicio. Si el proyecto ya hubiere sido despachado, se conformará una comisión mixta que propondrá la forma y modo de subsanarlo, conforme al procedimiento del inciso 1 del artículo 85 (169.a.tercer inciso).

7. Expresamente, el artículo 48 excluye la iniciativa popular de derogación respecto de la reforma constitucional.

Por otro lado, el anteproyecto de la Comisión Experta aprobó un artículo sin precedentes en nuestra historia constitucional, que trata sobre un procedimiento general - no ad hoc - de reemplazo constitucional. El artículo 211 establece:

a. La iniciativa exclusiva del Presidente de la República para plantear el reemplazo constitucional, quien deberá contar con el acuerdo de los 2/3 de los integrantes en ejercicio de cada Cámara (211.1). Nada dice la disposición bajo análisis, pero el procedimiento de reemplazo requeriría de una ley que lo habilite o un reglamento al efecto.

b. El acuerdo debe considerar ciertos contenidos mínimos, que no son límites materiales: a) las bases institucionales y fundamentales; b) la elección de la Comisión Técnica, sus reglas básicas, el plazo máximo para su funcionamiento y los mecanismos de participación ciudadana; y c) el procedimiento para elaborar el anteproyecto y el quorum que no puede ser inferior a 3/5 de sus integrantes.

c. La función de aprobar un nuevo texto constitucional no se atribuye a

un órgano especialmente elegido para esa función, tales como la Convención Constitucional o el Consejo Constitucional. La función constituyente se radica en el Congreso Nacional, que tendrá que aprobarlo con un quórum de 2/3 de los integrantes en ejercicio de cada cámara.

d. El procedimiento de aprobación requiere un doble Congreso Nacional. En un periodo legislativo se produce la aprobación y en otro la ratificación. Así lo dispone el artículo 193.5: “En caso de que la Cámara de Diputadas y Diputados y el Senado aprueben la propuesta, el proyecto así despachado no se promulgará y se aguardará la próxima renovación de la Cámara de Diputadas y Diputados. En la primera sesión que ésta y el Senado celebren, deliberarán y votarán cada una de ellas, sobre el texto que se hubiese aprobado, sin que pudiera ser objeto de modificación alguna. Solo si fuere ratificado por los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada rama del nuevo Congreso, se comunicará al Presidente de la República, el que deberá convocar dentro de los tres días siguientes a dicha comunicación, mediante decreto supremo exento, a un plebiscito nacional constitucional para que el electorado se pronuncie sobre la propuesta.”

e. El proceso concluye con un “plebiscito nacional” ratificatorio o de salida.

IV.- Tratados internacionales

En este apartado se examina: a) la norma de interacción del Derecho interno con el Derecho internacional de los derechos humanos y las disposiciones que permiten una interpretación conforme al derecho internacional y pro persona; b) la tramitación de los tratados internacionales; c) el control de constitucionalidad.

El anteproyecto de la Comisión Externa establece una serie de disposiciones sobre tratados en general y de derechos humanos en particular:

1. El artículo 5.1, en un sentido semejante al actual artículo 5° inciso segundo, señala que “el ejercicio de la soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes.” Sin embargo, la primicia es que alude directamente a “derechos humanos” y, por ende, a los tratados de derechos humanos.

2. El artículo 5.2 incorpora dos cláusulas de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y de interpretación pro-persona. “Las normas de

derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con aquellos tratados, favoreciendo la protección más amplia de la persona.”.

3. En el artículo 5.3 se establecen disposiciones que facultan al legislador a regular la forma y el procedimiento del cumplimiento de sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción Chile ha reconocido.

4. En el artículo 102.I, se mantienen las atribuciones del Presidente de la República concernientes a la conducción de las relaciones internacionales y la celebración de tratados. Sin embargo, se plantea un nuevo equilibrio en las atribuciones del Presidente con el Congreso Nacional en materia de reserva, denuncia, retiro o término de común acuerdo de un tratado internacional. El borrador establece que el Congreso Nacional debe aprobar el retiro, denuncia o terminación de común acuerdo de un tratado que haya previamente aprobado; y también que debe prestar conformidad al retiro de una reserva que haya tenido en consideración al momento de aprobarlo. En la Constitución vigente estas son atribuciones exclusivas del Presidente de la República (artículos 54 N° 1 inciso 6° y 7°).

5. En el artículo 61.a, se introducen reformas en lo que respecta a las atribu-

ciones del Congreso Nacional. Por cierto, se mantiene la facultad para aprobar o desechar los tratados que le presente el Presidente de la República antes de su ratificación.

a. Se excluye la referencia a que la aprobación de un tratado requerirá en cada Cámara del quórum correspondiente a la materia de ley sobre la que verse. Esto se justificaría en el reemplazo de los tipos de ley que actualmente establece el artículo 66 por una nueva tipología prevista en el artículo 81 del anteproyecto.

b. Agrega que el Presidente de la República informará al Congreso no solo sobre el contenido y el alcance del tratado, las reservas que pretenda confirmar o formularle, sino que también debe señalar “los efectos que las normas del tratado podrían tener sobre el ordenamiento jurídico nacional y la específica mención de aquellas que estimare autoejecutables.” (artículo 61.a.1).

c. Mantiene la distinción entre tratados que versan sobre materias de ley y aquellos que no. Estos últimos, no requerirán de aprobación del Congreso, pudiendo celebrarlos el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria. La modificación

es que, en este caso, el Presidente deberá informarlo al Congreso (artículo 61.a.3).

d. Se agrega la obligación del Presidente de informar al Congreso Nacional de los acuerdos o soluciones alternativas de controversias a las que se hubiese arribado en órganos internacionales (artículo 61.a.10).

6. El artículo 48.2 excluye expresamente a los tratados de la iniciativa popular de derogación.

7. Con respecto al control de constitucionalidad de los tratados por la Corte Constitucional, el borrador parece diferenciar un control de constitucionalidad previo de vicios de forma (artículo 169.a) de una consulta de constitucionalidad previa de vicios de forma y fondo (169.c)

En el primer caso, es atribución de la Corte Constitucional resolver por 2/3 de sus integrantes en ejercicio las cuestiones por infracciones de procedimiento o de competencia que se susciten durante la tramitación de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso.

En cuanto a la oportunidad del control, debe realizarse durante la aprobación del Congreso, más precisamente antes de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso

Nacional. De este modo se excluye el control de los tratados aprobados en ejercicio de la potestad reglamentaria que no quedan sujetos a este trámite.

Por otro lado, la “consulta de constitucionalidad” podría considerarse un control previo, facultativo, sobre vicios de forma y fondo, que concluye con un informe de la Corte Constitucional. Esto se infiere del artículo 169.c que no distingue el vicio, sino que menciona “las consultas sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso”.

V.- La ley

En este acápite se aborda: a) La ley y los distintos tipos previstos en el anteproyecto; y b) El establecimiento del dominio mínimo legal y la ley como norma de clausura del ordenamiento jurídico. No se analizará la formación de la ley (artículos 78 a 91) porque la extensión de esta temática excedería los objetivos de esta reflexión.

El anteproyecto de la Comisión Externa establece distintos tipos de ley. De este modo, y al igual que la Constitución vigente, la ley no sería una categoría unitaria en la propuesta de nueva Constitución.

El artículo 81 del anteproyecto distingue entre leyes interpretativas de la Constitución, electorales, institucionales, de quórum calificado y simples. Como se advierte, la propuesta elimina las leyes orgánicas constitucionales.

La clasificación en diferentes tipos de ley es doble. Por un lado, obedece a las materias que regulan y, por el otro, el quórum necesario para su aprobación, modificación o derogación. Por cierto, el criterio material prima sobre el formal a la hora de distinguir. Se excluye como criterio de distinción, aquellos proyectos de ley que deben sujetarse al control de constitucionalidad (control obligatorio), de aquellos que pueden ser objeto de ese control (control facultativo). En tal sentido, el artículo 81 precisa:

1. La ley interpretativa de la Constitución tiene como finalidad aclarar y explicar el sentido y alcance de una norma constitucional que presenta dudas o se estima oscura o poco clara. Según el artículo 81.1 este tipo de ley necesita para su aprobación, modificación o derogación del mismo quórum que se exige para aprobar una reforma constitucional, esto es 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 208.2).

2. La “ley electoral” es una categoría que agrupa distintas materias vinculadas con asuntos electorales y de partidos po-

líticos, comprensiva de las normas legales a las cuales la Constitución: a) confiere el carácter de ley electoral; b) desarrolla el sistema electoral público; c) regula los sistemas electorales aplicables a los cargos de elección popular; d) norma las materias concernientes a los partidos políticos. Este tipo de ley requiere para su aprobación, modificación o derogación del voto conforme de los 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 81.2).

3. La ley institucional no se encuentra definida en el artículo 81.3, sin embargo, es posible deducir que es aquella que regula la organización y funcionamiento de los órganos constitucionales. Ellas exigen para su aprobación, modificación o derogación la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 81.3).

Así por ejemplo, la ley institucional de o del: a) Poder Judicial (artículo 156); b) Órganos de gobernanza judicial (artículo 157) y el Consejo Coordinador del Poder Judicial (artículo 158.3); c) Corte Constitucional (artículo 165); d) Ministerio Público (artículo 173); e) Tribunal Calificador de Elecciones (artículo 185.7) y tribunales electorales regionales (artículo 186.5); f) Servicio Electoral (artículo 187); g) Contraloría General de la República (artículo 188); h) Banco Central (artículo 193); i) Congreso Nacional (artículo 62 y otros); j) Consejo Nacional de Televisión (artículo

16 N°14.e); k) Órgano innominado encargado de fiscalizar el derecho de acceso a la información pública (artículo 16 N°15); l) Fuerzas Armadas y Seguridad Pública (artículo 115.5), m) Bases Generales de la Administración del Estado (artículo 111); n) Gobiernos Regionales (artículo 131); ñ) Municipalidades (artículo 135).

Sin embargo, algunas no tratan la regulación de los órganos constitucionales, como aquella relativa al referendo derogatorio (artículo 48.7); y los plebiscitos regionales y locales (artículo 51).

4. La ley de quórum calificado versa sobre determinadas materias y exige un quórum agravado para su aprobación, modificación o derogación que, de conformidad con el artículo 81.3, es la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio. Lamentablemente los asuntos que regulan no corresponden a una única categoría. Por el contrario, y siguiendo el formato de la Constitución vigente, las materias que abarcan son de distinta índole sin que sea posible deducir - salvo la tradición constitucional - la razón de esta mayor exigencia.

Según el anteproyecto, corresponde a la ley de quórum calificado regular: a) la reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado (artículo 10.2); b) las conductas terroristas y su penalidad (artículo 15.1); c) las responsa-

bilidades ulteriores por los delitos o abusos que se cometan en el ejercicio de la libertad de expresión (artículo 16 N° 14); d) las limitaciones al derecho a la huelga (artículo 16 N°26.c); e) la libertad sindical de funcionarios públicos (artículo 16 N° 26.d); f) el derecho a la seguridad social (artículo 16 N° 27.d); g) la autorización al Estado y sus organismos para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas (artículo 16 N° 31); h) la autorización de determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras (artículo 16 N° 32); i) las prohibiciones, limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes (artículo 16 N° 33); j) las concesiones mineras (artículo 16 N° 34.e); k) los estados de excepción constitucional (artículo 35.1); l) la contratación de aquellos empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial (artículo 76.h) y; m) el control de armas (artículo 121);

La excepción a la mayoría absoluta la constituyen las leyes que concedan indultos generales o amnistías, las que, si bien son de quórum calificado, requieren de las 2/3 partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en la letra c) del inciso 1 del artículo 20 (artículo 76.f).

5. La ley simple es la categoría residual, esto es regula aquellos asuntos que no corresponden a los demás tipos de ley y se aprueba por la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara.

6. La ley de presupuesto es una ley simple, cuyas particularidades se infieren del artículo 82. Es decir: a) su objeto particular; b) su temporalidad, dado que su duración es de un año; y c) la fecha de su dictación.

7. La segunda disposición transitoria señala que se entenderá que las leyes actualmente en vigor referidas a materias que conforme con esta Constitución deben ser objeto de leyes institucionales o de quórum especial, cumplen con los requisitos que establece esta Constitución y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a esta, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales.

Con relación al dominio legal, el anteproyecto de la Comisión Experta estableció un dominio mínimo legal. La enumeración de las materias de ley se encuentra en el artículo 76 del anteproyecto, cuyo enunciado es igual al de la Constitución vigente: “solo son materias de ley”, para luego listar entre las letras a) a la r) dichos asuntos. Concluye en la letra s): señalando que es materia legal: “Toda otra norma de carácter general y obligatoria que es-

tablezca las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”, tal como lo señala el actual artículo 63 N° 20.

Si bien la redacción es idéntica a la Constitución vigente, no parece razonable inferir – como sí se hizo por cierta doctrina bajo la vigencia de ella – el establecimiento de un dominio máximo legal. Lo anterior, porque el anteproyecto no estatuye al reglamento autónomo con ocasión de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

La referencia a la potestad reglamentaria del Presidente de la República se halla en el artículo 102, cuya letra l) dispone: “Dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución e implementación de las leyes.”, sin mención a la potestad reglamentaria autónoma. Tampoco hay mención a ella en aquellos ámbitos en los que la Constitución vigente los refiere, por ejemplo, a propósito de las atribuciones del Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 16).

VI.- Conclusiones preliminares, problemáticas y propuestas

El anteproyecto mantiene, con mínimas variaciones, las características de una Constitución normativa, suprema, rígida, garantizada jurisdiccionalmente, con eficacia directa que estructura el orden constitucional.

El anteproyecto no establece límites materiales explícitos a la reforma. Ninguna temática o asunto ha sido sustraído expresamente de aquella. Por el contrario, podrían reformarse las normas sobre la reforma, las normas sobre el reemplazo constitucional e incluso podría reformarse totalmente la Constitución.

En relación con el control de constitucionalidad, se prevé un control excepcional previo y facultativo por la Corte Constitucional y circunscrito a los vicios formales —de procedimiento y de competencia— excluyéndose expresamente los vicios materiales o sustantivos. Esto último es consistente con el no establecimiento de límites materiales a la reforma.

Respecto a los tipos de vicios que pueden controlarse por la Corte Constitucional a propósito de un proyecto de reforma constitucional podría precisarse qué son “las infracciones de procedimiento y competencia”. La situación es relativamente clara cuando se trata de una infracción de procedimiento, pero probablemente será discutible qué se entiende por vicios de competencia.

El diseño aprobado no permitiría el control de la reforma constitucional vigente en virtud de la acción de inaplicabilidad. Esta acción solo controla los preceptos legales y la norma de reforma vigente es norma constitucional, quedando vedado entonces el control posterior de constitucionalidad de la reforma.

Con relación al procedimiento de reemplazo constitucional no es clara la necesidad de su establecimiento, máxime si es posible reformar totalmente la Constitución y con un quórum menor. ¿Quién calificaría si es reemplazo o reforma total? Tampoco parece conveniente una regulación tan detallada. No se explica por qué se definió que el órgano que aprueba el reemplazo constitucional es el Congreso Nacional y no un órgano constituyente elegido para este solo efecto como lo han sido la Convención Constituyente y el Consejo Constitucional.

Por último, la eficacia de la institución propuesta sería acotada. Ello porque la normativa exige una iniciativa presidencial que cuente con la aprobación de 2/3 de los integrantes en ejercicio de cada Cámara del Congreso Nacional. Y con ese mismo quórum se podría derogar o modificar este artículo y así iniciar un reemplazo constitucional bajo otras reglas.

En lo que respecta al derecho internacional de los derechos humanos, la incorporación de las cláusulas interpretativas constituye un importante avance en orden a una mayor apertura de Chile a dicho ámbito. Sin embargo, no tienen la misma significancia que una disposición sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos que se omite en el anteproyecto. La definición de la referida jerarquía permitiría establecer con certeza, por ejemplo, si los derechos contenidos

en tratados son parámetro de control de constitucionalidad o la competencia de ciertos aplicadores del Derecho, incluso de la Corte Constitucional, para ejercer control de convencionalidad.

A propósito del cumplimiento de las sentencias internacionales, si bien el mandato al legislador para regular la forma y el procedimiento para su acatamiento dan cuenta de una mayor disposición del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, no implica reconocer expresamente en el Derecho interno un valor vinculante a la jurisprudencia emanada de los tribunales internacionales.

Se observa la intención de equilibrar las atribuciones del Presidente de la República con las del Congreso Nacional no solo en la aprobación de tratados, sino en el ámbito de la reserva, la denuncia, el retiro y el término de común acuerdo de aquellos. Ello avanza en orden a democratizar las relaciones internacionales.

La distinción entre tratados que versan sobre materias de ley y los que no, que incide en su tramitación, debe ser concordante con la relación ley-potestad reglamentaria. En la propuesta, la mención de la potestad reglamentaria del Presidente lo es solo a la de ejecución (artículo 102.I). No hay referencias a la potestad reglamentaria autónoma.

Con relación al control de constitucionalidad, se establece un control previo y facultativo de los tratados internacion-

les por infracciones de procedimiento o competencia. Expresamente se excluye el control de constitucionalidad de los vicios de fondo, salvo en la “consulta de constitucionalidad” (artículo 169.c). Amerita, como se señaló, precisar mejor qué es una infracción de competencia.

La aprobación del tratado como oportunidad para el control previo de constitucionalidad excluye del control aquellos tratados que al ser aprobados en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente no quedan sujetos a la aprobación del Congreso Nacional. Las opciones para resolver esta cuestión serían eliminar la referencia a la oportunidad del control.

De todas formas, en este ámbito cabe insistir en que algunas cuestiones siguen pendientes: a) el procedimiento de incorporación de la costumbre internacional al Derecho interno; b) la definición del acto interno que debe cumplirse para la entrada en vigor de un tratado, esto es la ratificación, promulgación o publicación del tratado y; c) la jerarquía de los tratados en general y de derechos humanos en particular.

Con respecto a la ley, el anteproyecto establece distintos tipos de ley. De la lectura del articulado, se distinguen nuevos tipos de ley como las institucionales y las electorales. Mientras que se mantienen, en gran medida, las leyes interpretativas de la Constitución, de quórum calificado y simples. Sin dudas, la principal innova-

ción es la eliminación de las leyes orgánicas constitucionales.

La clasificación en diferentes tipos de ley es doble. Por un lado, obedece a las materias que regulan; y, por el otro, al quórum necesario para su aprobación, modificación o derogación. Por cierto, el aspecto material prima sobre el formal a la hora de distinguir. De tal forma que el criterio que permitirá resolver los conflictos entre normas contenidas en distintos tipos de ley será el de competencia y no el jerárquico. Lo anterior, se infiere de la distribución material que la Constitución hace para cada tipo de ley; y porque los diferentes tipos de ley emanan del mismo órgano con capacidad normativa, es decir del legislador.

En relación con la ley electoral, los asuntos que regulan son diversos y su formulación es genérica. Ello podría luego dar lugar a problemas al momento de

calificarlas y, luego, a extender su ámbito en el control de constitucionalidad. En tal sentido, es menester precisarlos.

Por otro lado, las materias que regula la ley de quórum calificado no corresponden a una única categoría, aunque principalmente se refieren a derechos fundamentales. Por el contrario, y siguiendo el formato de la Constitución vigente, son diversos ámbitos los que se regulan por este tipo de ley, sin que en el anteproyecto se pueda deducir la razón de esta mayor exigencia. Sería conveniente identificar una razón/categoría que permita fundar esta excepción a la ley simple.

Con relación al dominio legal, la enumeración del artículo 76 no es taxativa, sino meramente enumerativa, constituyendo un campo legal mínimo y no máximo. La norma de clausura entonces es la ley y no la potestad reglamentaria autónoma, que está ausente en el anteproyecto.

Por Pablo Méndez¹⁸

I.- Introducción

Estas líneas tienen por finalidad comentar el marco normativo que se le ha dado al ejercicio de las potestades correctivas y sancionadoras de la Administración del Estado, en el reciente acuerdo alcanzado por la Comisión Experta (“Anteproyecto”) dentro del proceso constituyente 2023. Se trata de una norma que consta en un solo inciso del artículo 16 N° 9 (sobre el derecho a un trato digno por parte de la Administración), y que señala: “El ejercicio de los poderes correctivos y sancionadores administrativos estará sometido a criterios de legalidad, eficacia, proporcionalidad e igualdad ante la ley”. Aunque —como puede verse— no se trata de un extenso articulado, su inclusión en la propuesta constitucional puede generar

consecuencias relevantes en el futuro del Derecho Administrativo Sancionador que, como buena parte del Derecho público¹⁹, es un área que presenta acalorados debates²⁰.

II.- El Derecho Administrativo Sancionador ante la Constitución de 1980

Para comprender bien la propuesta en comento resulta obligatoria una referencia al estado de la cuestión bajo nuestra Constitución vigente.

Como resulta conocido, tras la promulgación de la Constitución de 1980, la mirada a la potestad sancionadora de la Administración del Estado ha pasado por diversas etapas en la cultura jurídica nacional²¹. Una primera fase, de negación

¹⁸ Profesor de los departamentos de Derecho del Trabajo, Empresa y Economía y Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Master of Laws por la New York University. La elaboración de este trabajo se ha visto beneficiada como parte del Proyecto FONDECYT Regular N° 12017, del cual el autor es coinvestigador. Agradezco la colaboración de Pablo Neupert y Sofía Wüinkhaus en la investigación del presente texto.

¹⁹ MONTT, Santiago (2005): “Codificación y futuro de la educación jurídica en Chile: el caso irremediable, pero liberalizador del Derecho Administrativo”, en Martinic, María Dora y Tapia, Mauricio (coords.): *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*. Legal Publishing, pp. 262-263 (señalando que “el Derecho administrativo no abarca un sector de la realidad relativamente neutral como el Derecho civil [...] La variabilidad del mundo político-económico hace del Derecho administrativo un océano agitado que poco se asemeja a las calmas, sabias y sesudas aguas del Derecho civil”).

²⁰ FERRADA, Juan Carlos: “La articulación de potestades en la aplicación de *sanciones administrativas*”, en Arancibia, Jaime y Alarcón, Pablo (coords.): *Sanciones Administrativas*. Legal Publishing, pág. 243.

²¹ En la caracterización de estos tres periodos dentro del Derecho chileno sigo a SOTO, Pablo (2018): “El giro conservador en torno a las sanciones administrativas por obra del Tribunal Constitucional de Chile: Transforman-

(en los años ochenta), se oponía a la entrega de facultades sancionatorias por vía legal a organismos administrativos, bajo la idea que sancionar era equivalente a ejercer actividades jurisdiccionales. Tras ello, devino una segunda etapa de aceptación de estas potestades (en los años noventa), que conllevó un reconocimiento de la necesidad de instaurar límites a esta potestad²². En el medio chileno, estos límites fueron invocados a través de la idea del “ius puniendi” único a nivel estatal²³. Hoy en día, por último, nos encontramos en un periodo reflexivo sobre el diseño institucional que conlleva el ejercicio de potestades sancionatorias en los diversos modelos sectoriales (i.e. medioambiente, aguas, electricidad y combustibles, mercados financieros), incluyendo también una reflexión acerca de la posterior revisión judicial a través del contencioso-administrativo.

Lo anterior no puede hacernos desconocer un matiz evidente. Y es que los tensos debates que se han generado en el medio chileno sobre la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración se han extendido hasta años recientes. Si bien Santiago Prado ya en el año 1859 reconocía la necesidad de esta potestad como medio para asegurar la independencia de la Administración frente a los otros poderes del Estado²⁴, Jorge Huneeus criticaba en a fines del siglo XIX la creciente entrega de estas potestades debido a que son los tribunales quienes tienen “la facultad exclusiva” de aplicar penas según la Constitución de 1833²⁵.

Este debate se reavivó con la vigencia de la Constitución de 1980 y la entrega constante de potestades de sanción a diversos órganos administrativos. La mayor parte de los autores y comentaristas en el medio nacional han reconocido en cierta forma la legitimidad de este fenómeno

do a la Administración en juez para desproteger el interés público”, *Revista de la Facultad de Derecho (Universidad de La República, Uruguay)* 45, pág. 9; y LARROUCAU, Jorge (2019): “El control judicial de la fuerza probatoria del expediente administrativo”, en M. Santibáñez (Dir.), *La prueba en los procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*. Legal Publishing, pág. 655.

²² FERRADA, Juan Carlos: “La articulación de potestades...”, 241.

²³ No deja de ser interesante que quienes sostenían la inconstitucionalidad de las sanciones administrativas propusieron, a modo de “segunda opción” (second-best option) “proyectar sobre este poder los principios jurídico-penales garantizadores de los derechos fundamentales”. Cfr., por ejemplo, ARÓSTICA, Iván (1987): “Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal”, *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, 182, pág. 78.

²⁴ PRADO, Santiago (1859): *Principios elementales de Derecho Administrativo Chileno adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional*. Imprenta nacional, pág. 20.

²⁵ HUNEEUS, Jorge: “La Constitución ante el Congreso”, en *Obras de Don Jorge Huneeus*, Tomo II (Imprenta Cervantes, 1891), pp. 46, 47 y 238.

normativo²⁶. De manera paralela, hay voces que han criticado con fuerza la entrega de estas potestades por parte del Congreso, argumentando que ella vulneraría el principio de reserva legal²⁷. Parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la década de 1990 se manifestó cuestionando esta clase de potestades²⁸, reviviendo luego esta tendencia entre 2017-2018 a propósito de dos proyectos de ley que buscaban entregar mayores potestades a la Dirección General de Aguas y el Servicio Nacional del Consumidor. Este “revival jurisprudencial” fue pública y duramente criticado por los autores especializados en aquel entonces.

Este es el panorama en que debe ser leída la norma del Anteproyecto que se comenta.

III.- El Anteproyecto aprobado por la Comisión Expuesta

Como se señaló más arriba, el Anteproyecto aprobado por la Comisión Experta consideró un inciso que contiene un reconocimiento expreso a las potestades correctivas y sancionadoras de la Adminis-

tración, en su artículo 16 N° 9. Esta norma no estaba considerada en el diseño original del anteproyecto, y fue una propuesta del grupo de comisionadas/os compuesto por Paz Anastasiadis, Jaime Arancibia, Katherine Martorell, Juan José Ossa y Teodoro Ribera (enmienda N° 43/2). Hay cinco circunstancias sobre esta norma que merecen atención y que serán comentadas en los párrafos siguientes.

1.- La constitucionalización de las potestades sancionadoras

Resulta ante todo imperativo destacar la novedad de esta norma que destaca desde una doble perspectiva. Tras lo señalado más arriba, es imposible dejar de notar que por primera vez en nuestra historia constitucional las potestades sancionadoras de la Administración pasarán a estar consagradas en este bloque normativo, con lo cual debería entenderse que quedará zanjada la fuerte disputa sobre si el ejercicio de potestades sancionatorias pugna o no con las normas constitucionales.

²⁶ FERRADA, Juan Carlos: “La articulación de potestades...”, 241.

²⁷ A modo meramente ejemplar, ARÓSTICA, Iván: “Algunos problemas...”; FERMANDOIS, Arturo (2011): *Derecho Constitucional Económico, tomo I*, Ediciones UC, pág. 174, 176; EVANS, Eugenio (2002): “Las actividades económicas de las empresas en la Constitución y las facultades normativas de los órganos de la Administración y fiscalización del Estado”, *Revista Chilena de Derecho* 29, pág. 673.

²⁸ Por ejemplo, Rol 244-1996 (declarando inconstitucional la potestad del Servicio Agrícola y Ganadero de sancionar las infracciones de reglamento).

Por la otra, también es primera vez que una norma en nuestro sistema legal reconoce de modo general esta clase de potestades. Debe recordarse que hoy, ni la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.880) ni la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N° 18.575) contienen alguna norma que se asemeje a la propuesta en el Anteproyecto. Si bien en el Derecho chileno existen variados ámbitos en que el Congreso le ha entregado potestades sancionadoras a distintos órganos administrativos²⁹, no hay en las leyes propias del denominado “Derecho Administrativo general” un reconocimiento abierto a esta clase de potestades.

2.- La geografía en el Anteproyecto

Un segundo aspecto a destacar es la geografía de la norma dentro del Anteproyecto: la norma se sitúa dentro del catálogo de los derechos fundamentales enlistado en el artículo 16. Alguien podría criticar esta decisión sosteniendo que el lugar adecuado para una norma como esta habría sido dentro del Capítulo V (“Gobierno y Administración del Estado”) y no el catálogo de derechos fundamen-

tales, dado que en el sistema legal chileno lo usual es que estas potestades se le entreguen a órganos administrativos. Bajo esta idea, resultaría adecuado que cualquier estándar aplicable al ejercicio de potestades administrativas forme parte de un bloque normativo de bases generales de la Administración.

Sin embargo, el alcance y sentido del concepto de sanción administrativa es una cuestión abiertamente discutida hoy. Hay reflexiones en esta materia que todavía no han decantado en la cultura jurídica nacional, como por ejemplo, la calificación de tal en aquellos casos en que la sanción es impuesta por un tribunal tras un requerimiento o denuncia de un órgano administrativo (p.ej., en materia de libre competencia, pesca y acuicultura, o forestal). Bajo una conceptualización amplia de la sanción administrativa, tiene sentido la decisión de la Comisión Externa en lugar de reducir el campo de aplicación solo a las sanciones que son impuestas directamente por la Administración y no a aquellas que son impuestas por la justicia previo requerimiento o denuncia administrativa.

²⁹ ROJAS, Christian; FERRADA, Juan Carlos y MÉNDEZ, Pablo (2021): “La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Administrativo Económico* 34, pág. 102. En España, en términos similares, MARTÍN-RETORTILLO, Luis (1991): “Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas”, *Revista de Administración Pública* 126, pág. 136-137.

3.- Potestades sancionatorias y correctivas

Otro aspecto a destacar es la elección del Anteproyecto para extender el reconocimiento no solo a las potestades sancionatorias, sino también a las correctivas. La doctrina extranjera ha sido enfática en distinguir ambos conceptos, sosteniendo, por ejemplo, que medidas como “el cierre de un local o la clausura de la actividad que carece de la preceptiva licencia no es nunca una sanción administrativa” y es “una típica medida de policía y de protección y restablecimiento del orden jurídico-administrativo indebidamente perturbado o incumplido, descargada de todo componente sancionador o retributivo”³⁰. Estas medidas son necesarias para un adecuado funcionamiento de los objetivos de política pública que frecuentemente se le entregan a los órganos administrativos (i.e. aquellos típicamente definidos en el artículo 1º de la ley respectiva).

La diferencia entre ambas medidas radica en los requisitos jurídicos necesarios para su imposición, por ejemplo, una sanción administrativa debe estar precedida de la tramitación de un procedimiento administrativo que cumpla con ciertos trámites mínimos (i.e. notificación de cargos debidamente fundados, audiencia

del afectado, posibilidad de rendir pruebas, etc.), mientras que la imposición de medidas correctivas puede tener lugar en forma previa al procedimiento y, en casos excepcionales, incluso ser impuestas sin previa notificación del inculpado.

4.- Criterios, no principios

Cuarto, debemos poner atención en los estándares a los que somete el ejercicio de poderes correctivos y sancionadores. La norma es clara al hablar de “criterios” y no de “principios”, lo cual llama inmediatamente la atención por dos razones. Primero, porque la teoría del derecho suele apuntar que las normas jurídicas se dividen entre reglas y principios según su forma de aplicación y a la potencial mecanismo de resolución de contradicciones entre ellas. Bajo esta idea, podría entenderse que un “criterio” respondería a una suerte de estándar más suave y de aplicación más tenue que una norma jurídica, similar a lo que ocurriría con un “enfoque”.

En segundo lugar, la práctica jurídica sobre el Derecho Administrativo Sancionador en nuestro país ha usado de manera sostenida la segunda denominación (“principios”). La Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han planteado en forma sistemática que la sanción penal y

³⁰ CASINO, Miguel (2018): El concepto constitucional de sanciones administrativas. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 66.

la administrativa constituyen manifestaciones de un ius puniendi estatal único y que, como consecuencia, procede la aplicación matizada de los principios del Derecho Penal al régimen sancionador³¹.

Desafortunadamente no hay en las actas de la Comisión Experta una explicación que fundamente esta decisión. Solo habría una exposición del Comisionado Arancibia donde manifestó su preferencia al usar la expresión “criterios” en lugar de “principios” como estándares en una Constitución³². Pero no habría constancia de un debate sobre este aspecto. En fin, esta decisión constitucional dejará bastantes cuestiones por responder al interior de nuestra cultura jurídica, entre otras, si estos criterios excluirían la aplicación de los principios tradicionales que ha desarrollado la jurisprudencia, y si la respuesta es negativa, cómo conjugarían ambas clases de estándares (criterios y principios). Esto es importante, porque en la Subcomisión respectiva se planteó que todos estas garantías tradicionales en el ámbito administrativo sancionador formarían parte de la norma del inciso final del artículo 19 N° 9 (“La ley determinará las condiciones para que el procedimiento administrativo

asegure las adecuadas garantías a las personas”)³³.

5.- Los estándares: legalidad, eficacia, proporcionalidad e igualdad

Por último, también merece algún comentario el catálogo de estándares comprendidos en la norma, que incluyen los criterios de legalidad, eficacia, proporcionalidad e igualdad ante la ley. Hay varias cuestiones que llaman la atención en esta materia, pero destaco dos por el momento.

Primero, la exclusión del debido proceso. Esto nuevamente hace necesario responder la pregunta planteada más arriba en cuanto a si estos criterios hacen excluir aquellos principios que nuestra práctica jurídica ha generado para limitar la imposiciones de sanciones administrativas, como el principio de legalidad, debido proceso, culpabilidad, entre otros. También podría pensarse que, tal como ocurre hoy en día, el debido proceso resultaría aplicable en esta materia a través de una lectura extensiva de la respectiva garantía constitucional (contenida en el artículo 16 N° 6 del Anteproyecto). Por el contrario, podría sostenerse que, en definitiva, la norma del inciso final del artículo

³¹ Sobre esto, ROJAS; FERRADA y MÉNDEZ (2021): “La reconfiguración teórica...”, pp. 106 y ss.

³² Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos, Acta de la Sesión N° 16 (5 de mayo, 2023), pág. 23.

³³ Cfr., en particular, las intervenciones del Comisionado Pavez y la Comisionada Lagos en la Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos, Acta de la Sesión N° 21 (17 de mayo de 2023). pp. 86–87.

19 N° 9 (“La ley determinará las condiciones para que el procedimiento administrativo asegure las adecuadas garantías a las personas”) bastará para entender que es necesaria esta exigencia de debido proceso, incluyendo “la audiencia del afectado, su derecho a aducir alegaciones y a aportar documentos u otros elementos de juicio”³⁴.

En segundo lugar, también quedará la duda de si el criterio de eficacia en materia administrativa sancionadora podría fundamentar una visión más responsiva de esta actividad. Como es conocido, en la última década han aparecido varios trabajos que, basados en algunas reformas a modelos sancionadores sectoriales, han planteado la idea de un cambio de paradigma hacia una visión “responsiva” del Derecho Administrativo Sancionador, que opera en base a una idea de efectividad, eficacia, publicidad y transparencia. Esto quiere decir que las decisiones que adoptará la Administración dependerán de la estructura y motivaciones que tengan las personas para incumplir la ley. Por tanto, la fuerza o gravedad de la respuesta represiva dependerá de la posición que adopte el inculpado. Así, Ayres y Braithwaite

plantean que: “el truco de la regulación exitosa pasa por establecer una sinergia entre el castigo y la persuasión. El castigo estratégico suscribe la persuasión regulatoria como algo que debe ser tomado en consideración. Y la persuasión legitima el castigo como algo razonable, justo, e incluso como algo que pudiese generar un remordimiento o arrepentimiento” [en el infractor]³⁵.

En su esencia, la idea de la regulación responsiva opera bajo la idea de ‘toma y daca’ (o de una represalia equivalente) en base a una ‘pirámide regulatoria’ que cuenta con diversas herramientas sancionatorias que incluyen la persuasión y la educación, para pasar a las advertencias y multas, y terminar con mecanismos graves como las suspensiones o revocaciones de autorizaciones³⁶. La mayor parte de la actividad administrativa ocurre en la base de esta pirámide, donde el cumplimiento de la regulación se obtendrá por la vía de la persuasión, para pasar a los escalones superiores de manera progresiva, en caso de que el regulador evidencie un incumplimiento³⁷.

La incorporación de la eficacia en el ejercicio de las potestades sancionado-

³⁴ Intervención de la Comisionada Lagos en la Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos, Acta de la Sesión N° 21 (17 de mayo de 2023). pág. 87.

³⁵ AYRES/Braithwaite (1992): *Responsive Regulation*, Oxford University Press, pág. 25-26.

³⁶ ABBOT, Carolyn (2008): *Enforcing Pollution Control Regulation*. Bloomsbury, pág. 47.

³⁷ AYRES/Braithwaite (1992): *Responsive Regulation*, Oxford University Press, pág. 25-26.

ras por parte de la Administración podría fundamentar una visión constitucional de la responsividad, en particular, considerando que ya hay autores que han planteado que la eficacia es uno de los pilares que fundamenta bajo el Derecho Público (i.e. la Constitución y la Ley 18.575) esta perspectiva en el Derecho Administrativo Sancionador³⁸.

VI.- Conclusiones

El desarrollo del Derecho Administrativo Sancionador ha experimentado en nuestra cultura jurídica tensos debates desde hace décadas. El Anteproyecto propues-

to por la Comisión Experta busca desatar un nudo crucial en este debate que está dado por el cuestionamiento de la constitucionalidad de estas potestades que usualmente se le entregan a la Administración. Pero, como se ha visto, esta decisión conlleva variados costos. La norma propuesta en el Anteproyecto deja abiertos varios espacios o flancos abiertos que han sido descritos en las líneas precedentes. De ser aprobada tal como se encuentra propuesta, quienes nos interesamos en el Derecho Público tenemos el deber de seguir reflexionando sobre las constantes transformaciones en esta área.

³⁸ SOTO, Pablo (2016): “Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental”, *Ius et Praxis*, Vol. 22 N° 2, pág. 202.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 16 N° 35 “EL DERECHO DE AUTOR SOBRE SUS OBRAS”

Por María José Arancibia Obrador³⁹

I.- Introducción

El presente informe versará sobre el artículo 16 N° 35 del Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile (en adelante el Anteproyecto). Como es sabido, la Propuesta de Nueva Constitución (en adelante PNC), en su artículo 92 y de una manera bastante precaria se hacía cargo del derecho de autor, pero excluía a la Propiedad Industrial, lo que generó una serie de polémicas con diversos contrapuntos^{40 41}. Pues bien, habiéndose rechazado la PNC, pasamos a analizar cómo ha quedado regulado este derecho en el Anteproyecto.

Artículo 16 N° 35:

a) El Estado reconoce el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales, artísticas y científicas, el que comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo

ello en conformidad y por el tiempo que señale la ley, el que no será inferior al de la vida del titular y los derechos conexos que la ley asegure.

b) Se garantiza, también la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos industriales, diseños u otras creaciones análogas que determine la ley, por el tiempo que ésta establezca.

c) Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en el inciso 34 precedente sobre el derecho de propiedad.

II.- Comentarios

Como cuestión preliminar debemos notar que en el presente número encontramos reguladas tanto la propiedad industrial como la intelectual. Esto no es algo al azar, sino que implica reconocer nuestra historia constitucional. En efecto, estas

³⁹ Profesora del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado, por la Universidad de Chile.

⁴⁰ Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2022/06/13/911132/propiedad-industrial-solo-proteccion-legal.aspx>.

⁴¹ Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/08/30/propuesta-constitucional-los-aportes-en-cultura/>.

garantías ya se encontraban reconocidas en la Constitución del año 1833⁴², en la Carta Fundamental del año 1925⁴³ y en la Constitución que actualmente nos rige, de 1980⁴⁴.

Lo anterior nos entrega los fundamentos jurídicos para justificar que la propiedad intelectual (entendiéndola en un sentido amplio, como derecho de autor y propiedad industrial) se encuentre garantizada y cuya regulación en detalle se dé a través de normas especiales que normen dichas materias. Omitirla total o parcialmente, como ocurrió en el caso del PNC, sería desconocer una serie de tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes.

En cuanto al artículo mismo, una lectura ligera podría ser crítica en cuanto a algunos conceptos que no fueron mayormente detallados o bien, respecto de los cuales faltó enumerar otros derechos específicos que se le reconocen al autor, todo con la finalidad de tener un texto con una redacción más clara y precisa. Si

bien lo anterior puede ser cierto, cabe señalar que un mayor detalle pierde sentido con el desarrollo que las leyes especiales le otorgan a estos derechos, por lo que la redacción expuesta cumple con el cometido.

En cuanto a la regulación de la propiedad industrial, podemos indicar que, si bien se enumeran los signos distintivos más tradicionales, como las marcas comerciales, patentes de invención, los modelos industriales y los diseños, se excluyeron las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas. Aunque es cierto que están enumeradas y reguladas en la Ley de Propiedad Industrial N°19.039, no es suficiente, conforme a un tratamiento armónico con la Constitución y los Tratados Internacionales, pues están al mismo nivel que los signos ya mencionados.

De esta forma, el Anteproyecto sigue el mismo espíritu del texto vigente, que reconoce el derecho de autor y la propiedad industrial. Más allá del reconocimiento constitucional, propio de nuestra tradi-

⁴² Art. 152 de la Constitución del año 1833: “Todo autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción por el tiempo que le concediere la ley; y si ésta exigiere su publicación, se dará al inventor la indemnización competente”

⁴³ No. 11: La propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que concediere la ley. Si ésta exigiere su expropiación, se dará al autor o inventor la indemnización competente.

⁴⁴ Art. 19 No. 25: La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley. Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley. Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior.

ción republicana, la importancia adicional es el respeto y la promoción de la expresión artística, que reconoce el valor de la creatividad en la sociedad, además de promover la innovación y el acceso a las obras.

Lo anterior va en concordancia con otra garantía que contempla el Anteproyecto Constitucional que corresponde al artículo 16 número 24: el derecho a la cultura. En este numerando el Estado toma un rol relevante, pues resguarda, promueve, protege, asegura, fomenta y garantiza la libertad creativa, la divulgación de las artes, ciencias, tecnología, patrimonio cultural. Además, contempla una colaboración entre el Estado y la sociedad civil, fomentando también todas las manifes-

taciones de la cultura, reconociendo para ello los principios de colaboración e interculturalidad.

En otras palabras, ambos artículos confluyen y se nutren mutuamente, pues la protección a la propiedad intelectual (entendiéndola en un sentido amplio) no puede comprender necesariamente todos los aspectos culturales que se ven influidos, en especial con la divulgación.

No debe pensarse que todos los aspectos expresados en relación con el número 24 quedan circunscritos a un rol activo sólo del Estado. Por el contrario, el numerando descrito muestra cómo los particulares y el Estado trabajan de manera armónica.

DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES, SERNAC Y LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

Instituto Chileno de Derecho de Consumo⁴⁵

I.- Sobre el reconocimiento de las Asociaciones de Consumidores en la Constitución

En lo que respecta a la pregunta, la opinión es dispar. Actualmente, en Chile no están reguladas constitucionalmente y, hasta la fecha, no se han incluido en ninguna de las propuestas constitucionales.

En este contexto, tres de las Asociaciones de Consumidores más importantes del país (CONADECUS, ADECUS y FOJUCC), en un Seminario organizado por el Instituto Chileno de Derecho de Consumo (IChDC)⁴⁶, manifestaron su opinión en lo que respecta a la importancia del reconocimiento constitucional de estos organismos independientes, argumentando en favor del mismo.

En este sentido, Hernán Calderón (CONADECUS) consideró que el reconocimiento de las Asociaciones de Consumidores en la Constitución es vital para que haya un sistema de protección a los consumidores porque, entre otros motivos, es desde la sociedad civil desde donde se impulsan los cambios, porque las Aso-

ciaciones de Consumidores no dependen de los ciclos políticos y, además, porque el Estado también puede cometer abusos. Por su parte, Stefan Larenas (ADECUS) opina que el Estado, por sí mismo, no tiene la capacidad para proteger a todos los consumidores y de ahí la importancia de la existencia de las Asociaciones de Consumidores. Y, finalmente, Pablo Rodríguez (FOJUCC) estima que estas deben estar regularse en el apartado de las bases económicas del Estado.

En definitiva, la opinión de estos tres grandes actores, así como el IChDC, es que las Asociaciones de Consumidores deben estar reconocidas en la Constitución.

Una vez asentado lo anterior, se les preguntó cómo debiese ser su regulación, coincidiendo los directores de las tres asociaciones en que la Constitución debe regular tanto las funciones de las Asociaciones de Consumidores como del Servicio Nacional del Consumidor; promoviendo que ambos organismos se complementen y, con ello, evitar que compitan al realizar las mismas funciones.

⁴⁵ Minuta elaborada por Ana Sofía Pérez-Toril Bravo, ayudante del Instituto Chileno de Derecho del Consumo.

⁴⁶ Ciclo “El Derecho del Consumidor en la Constitución”. Sesión 1. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=p6xiqd5YODE>. [Fecha de consulta: 05 de julio de 2023].

II.- Sobre el reconocimiento del Servicio Nacional del Consumidor en la Constitución

La institución del Servicio Nacional del Consumidor, como la conocemos hoy en día, fue creada en el año 1990, con la finalidad de promover los derechos de los consumidores en un país donde todavía faltaban 7 años para la promulgación de la Ley N° 19.496 y cuyos principales desafíos “fueron la elaboración del primer marco jurídico para garantizar los derechos básicos de los consumidores, impulsar un sistema institucional para trabajar en materia de orientación jurídica y fomentar la educación para el consumo”⁴⁷.

Desde entonces y hasta ahora, las funciones y atribuciones del Servicio han aumentado y se han complejizado. Así, conforme a la ley actual, el SERNAC es un servicio público descentralizado, sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, pero con personalidad jurídica y patrimonio propio (Art. 57 LDPC), cuya finalidad será velar por el cumplimiento de las normas que afecten a los consumidores, la difusión de sus derechos y deberes e informar y educar a los mismos (Art. 58 inciso 1 LPDC). Todo ello, seguido de un listado –no excluyente– de

funciones que el organismo estatal debe realizar.

En lo que respecta al tema que nos convoca, es importante destacar que la regulación nacional del organismo estatal dedicado a la protección de los consumidores no está recogida en la Constitución, lo que se ha mantenido en el borrador de la segunda propuesta constitucional. Sin embargo, esto sí fue contemplado en la primera propuesta que se presentó ante la ciudadanía, bajo los siguientes términos:

“Artículo 81.

1. Toda persona tiene derecho, en su condición de consumidora o usuaria, a la libre elección, información veraz, a no ser discriminada, a la seguridad, a la protección de su salud y el medioambiente, a la reparación e indemnización adecuada y a la educación para el consumo responsable.

2. El Estado protegerá el ejercicio de estos derechos, mediante procedimientos eficaces y un órgano con facultades interpretativas, fiscalizadoras, sancionadoras y las demás que le otorgue la ley”.

Como IChDC, nos vemos en la obligación de plantear estos temas y generar

⁴⁷ Servicio Nacional del Consumidor. “Historia”. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/617/w3-propertyvalue-20891.html>. [Fecha de consulta: 10 de julio de 2023].

debate al respecto, de la mano de actores relevantes en la materia.

Por ello, se celebró el segundo seminario del Ciclo “El Derecho del Consumidor en la Constitución”, donde el actual director del Servicio Nacional del Consumidor (Andrés Herrera), y dos ex directores del mismo (Ernesto Muñoz y José Roa), expresaron sus ideas sobre este tema⁴⁸.

En esta instancia, se planteó la necesidad de reconocer constitucionalmente a un organismo como el Servicio Nacional del Consumidor (Andrés Herrera y Ernesto Muñoz), pero, junto con ello, se destacó la necesidad de involucrar a las agencias sectoriales como agentes que promuevan la protección de los derechos de los consumidores (Andrés Herrera)⁴⁹.

En lo que respecta al reconocimiento constitucional del Servicio Nacional del Consumidor, el IChDC considera que deben estar consagrados en la Constitución. Por eso, se considera importante que se promueva la participación de todos los órganos estatales y agentes de la sociedad que tengan injerencia y compromiso con la protección de los derechos de los consumidores.

III.- Sobre el reconocimiento de los derechos de los consumidores en la Constitución

Finalmente, será relevante preguntarnos por la posible incorporación de los derechos de los consumidores en la Constitución y, de incorporarse, de qué manera se debiese hacer.

En este sentido, tal y como señaló en su ponencia el actual director del SERNAC, Andrés Herrera, la Constitución actual no recoge ni los derechos de los consumidores, ni los mecanismos para garantizarlos. Por ello es tan importante la discusión en lo que respecta a su eventual reconocimiento. Al respecto, los exponentes que se pronunciaron sobre este tema (Stefan Larenas, Pablo Rodríguez, Andrés Herrera, Ernesto Muñoz y José Roa) concuerdan en que la Constitución debiera recoger estos derechos, porque forman parte del Orden Público Económico que regula la Constitución, pues consideran que existe un núcleo fundamental de derechos, sin los cuales no puede existir la protección de los consumidores, como son el derecho a la libre elección, a la in-

⁴⁸ Ciclo “El Derecho del Consumidor en la Constitución”. Sesión 2. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WwX4IJDnGy4>. [Fecha de consulta: 06 de julio de 2023].

⁴⁹ Al respecto, Andrés Herrera manifestó que destaca que “... si bien es cierto que el SERNAC como agencia de protección al consumidor está muy instalado en el país, no es el único agente que promueve la protección de los derechos de los consumidores. Aquí también tenemos el caso de agencias sectoriales que tienen facultades en sus mercados y que deben promover la protección de los derechos de los consumidores. Aquí lo importante es la conexión intersectorial para efectos de poder plasmar una política pública coherente y consistente en materia de protección al consumidor”.

formación veraz y oportuna, el derecho a no ser discriminado y el derecho a la reparación e indemnización (Ernesto Muñoz).

Por último, la única opinión levemente discordante, es la del director de FOJUCC, Pablo Rodríguez, quien considera que no debería abarcarse como un catálogo propiamente tal, sino como un principio del régimen económico constitucional.

En el texto anterior se hablaba de consumidores en los siguientes artículos:

“Artículo 80.

1. Toda persona, natural o jurídica, tiene libertad de emprender y desarrollar actividades económicas. Su ejercicio debe ser compatible con los derechos consagrados en esta Constitución y la protección de la naturaleza.

2. El contenido y los límites de este derecho serán determinados por las leyes que regulen su ejercicio, las que deberán promover el desarrollo de las empresas de menor tamaño y asegurarán la protección de las consumidoras y los consumidores”.

“Artículo 81.

1. Toda persona tiene derecho, en su condición de consumidora o usuaria, a la libre elección, a la información veraz, a no ser discriminada, a la seguridad, a la protección de su salud y el medioambiente, a la reparación e indemnización adecuada y a la educación para el consumo responsable.

2. El Estado protegerá el ejercicio de estos derechos, mediante procedimientos eficaces y un órgano con facultades interpretativas, fiscalizadoras, sancionadoras y las demás que le otorgue la ley”.

Y nuestra propuesta es abordarlo como un derecho ciudadano, más que un límite o complemento al derecho de la empresa, reconociendo que el consumo está en todas partes, incluso en el uso de bienes nacionales de derecho público. Resulta importante recoger un catálogo más actualizado de derechos en favor de los consumidores individuales, colectivos y difusos.

Por Victoria Martínez Placencia⁵⁰

I.- ¿Por qué los cuidados son importantes?

Los cuidados pueden definirse, en términos amplios, como todas las actividades necesarias para sostener la vida, lo que incluye responder a las necesidades materiales y emocionales de las personas⁵¹. Desde esta perspectiva, todas las personas requieren de cuidados, aunque la naturaleza e intensidad de estos puede variar por diferencias biológicas, rasgos sociales o culturales⁵².

En términos más concretos, los cuidados comprenden actividades que constituyen un auténtico trabajo. En este sentido, puede distinguirse entre las actividades de cuidado directo, como dar de comer a un niño o ayudar a una persona mayor a bañarse, de las actividades de

cuidado indirecto, como comprar alimentos, cocinar o limpiar, que son condiciones previas y necesarias para el cuidado directo de otras personas⁵³.

Aunque existen múltiples definiciones de cuidados, el debate académico e interdisciplinar de las últimas décadas ha establecido algunas premisas comunes. En primer lugar, se trata de actividades imprescindibles para la vida y el desarrollo humano, tanto individual como colectivo. La reproducción social y el desarrollo económico dependen en gran medida de la provisión de cuidados⁵⁴. En segundo lugar, estas labores son realizadas principalmente por mujeres, y entre ellas, las más marginadas por su condición socioeconómica, étnica o de clase⁵⁵. En tercer lugar, a pesar de que se trata de una labor muy importante, ha permanecido invis-

⁵⁰ Académica del Departamento de Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. LLM en Legal Theory, University College London. Candidata a doctora en Derecho por la Universidad Diego Portales y la Universidad de Sevilla.

⁵¹ HELD, Virginia (2006), *The ethics of care: personal, political and global*, Oxford University Press, Oxford; New York, p. 39.

⁵² TRONTO, Joan (1993), *Moral boundaries: a political argument for an ethic of care*, ed. Routledge, New York, p. 110.

⁵³ ADATTI, Laura, et al. (2019), *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, primera edición, OIT, Ginebra, p. 6.

⁵⁴ RAZAVI, Shakra (2007), "The Political and Social Economy of Care in a Development Context Conceptual Issues, Research Questions and Policy Options", Gender and Development Program Paper N°3, United Nations Research Institute for Social Development.

⁵⁵ TRONTO, *op.cit.*, p. 113.

ble y relegada al espacio doméstico, pues suele realizarse al interior de los hogares y de forma no remunerada. A nivel global, las mujeres dedican 3.2 veces más tiempo que los hombres en realizar trabajo de cuidado no remunerado, aproximadamente 4 horas y media al día⁵⁶.

La pandemia de COVID-19 reveló con gran elocuencia la importancia de los cuidados para la vida humana, el desarrollo económico y social⁵⁷. Los cambios demográficos, tanto a nivel global como local, permiten proyectar que la necesidad de cuidados aumentará con el progresivo envejecimiento de la población⁵⁸. El INE estima que para el año 2050, un tercio de la población de Chile tendrá más de 60 años⁵⁹. La actual organización de los cuidados, que sobrecarga a las mujeres y a las familias no será suficiente para satisfacer los requerimientos de cuidados en el futuro próximo. Esto impactará en las personas que necesitan más intensamen-

te de cuidados, y también en las personas que cuidan, mayoritariamente mujeres.

II.- ¿Qué dice el anteproyecto sobre los cuidados?

A pesar de que los cuidados formaron parte del debate ante la Convención Constitucional, y de que se discutieron fórmulas de incorporación en la Comisión Experta, el anteproyecto no se refiere expresamente a los cuidados. Algunas de sus dimensiones podrían subsumirse en el derecho a la protección de la salud (Art. 16 N° 21), el derecho a la educación (Art. 16 N° 22), y el derecho a la seguridad social (Art. 16 N° 27). Esta aproximación parcializada tiende a poner el foco en las personas que requieren de cuidados, especialmente de aquéllas que los necesitan más intensamente por su edad (niñez y vejez), enfermedad o discapacidad.

Asimismo, en el capítulo de deberes constitucionales se establece el deber de

56 CHARMES, Jaques y International Labour Office (2019), *The Unpaid Care Work and the Labour Market. An analysis of time use data based on the latest World Compilation of Time-use Surveys*, Gender, Equality and Diversity & ILOAIDS Branch, Geneva, p. 54.

57 United Nations Women (2020), *From Insights to Action: gender equality in wake of COVID-19*, EE.UU., <https://doi.org/10.18356/f837e09b-en>

58 Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL (2022), “La sociedad del cuidado: horizonte para una recuperación sostenible con igualdad de género”, LC/CRM. 15/3, Santiago, <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/48363>.

59 Instituto Nacional de Estadísticas, INE et al. (2022), “Envejecimiento en Chile: Evolución, características de las personas mayores y desafíos demográficos para la población.”, Santiago, <https://www.ine.gob.cl/inicio/documentos-de-trabajo/documento/envejecimiento-en-chile-evoluci%C3%B3n-caracter%C3%ADsticas-de-las-personas-mayores-y-desaf%C3%ADos-demogr%C3%A1ficos-para-la-poblaci%C3%B3n>, p. 11.

los padres de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos, y el deber recíproco de los hijos de respetar, asistir, alimentar y socorrer a sus padres y ascendientes (Art. 38 N° 7). Aunque esta disposición no menciona expresamente los cuidados, parece circunscribirlo a las relaciones familiares.

Las disposiciones descritas son insuficientes para abordar los problemas esenciales de la crisis de los cuidados. En primer lugar, porque refuerza la idea de que los cuidados son una responsabilidad exclusivamente familiar. Esto hace depender los derechos de las personas que requieren cuidados de los recursos y la voluntad de sus familias. Al mismo tiempo, por la forma en que culturalmente se distribuyen los cuidados, sobrecarga a las mujeres quiénes mayoritariamente asumen el rol de cuidadoras.

En segundo lugar, estas disposiciones no reconocen el valor de los cuidados, ni establecen mandatos claros al Estado para promover su redistribución. La teorización económica sobre los cuidados resalta su importancia para la reproducción social y para el desarrollo económico⁶⁰.

A pesar de ello, los cuidados suelen ser una responsabilidad familiar o personal, mayoritariamente asumida por mujeres. Para afrontar la crisis de los cuidados es indispensable que otros actores, como las comunidades, la sociedad y el Estado sean también corresponsables del cuidado.

En tercer lugar, el anteproyecto no establece derechos específicos para las personas que cuidan. A pesar de la relevancia de su labor, las personas que realizan trabajos de cuidados no remunerados no pueden acceder a la protección social ni ejercer algunos derechos fundamentales⁶¹. Por ejemplo, en Chile quiénes cuidan a personas dependientes tienen dificultades para acceder y permanecer en trabajos remunerados, y presentan peores indicadores de salud física y mental⁶².

⁶⁰ BAKKER, Isabella (2007), "Social Reproduction and the Constitution of a Gendered Political Economy", *New Political Economy*, Vol.12, No. 4, december 2007, Routledge.

⁶¹ SEPÚLVEDA, Magdalena y DONALD, Kate (2014), "What Does Care Have to Do with Human Rights? Analysing the Impact on Woman's Rights and Gender Equality", *Gender & Development* Vol. 22, No. 3, Routledge.

⁶² VELASCO, Carolina y GAZMURI, Javiera (2021), "Personas dependientes: ¿quiénes son, quiénes los cuidan y cuál es el costo de la asistencia?", *Puntos de Referencia, Economía y Políticas Públicas*, N°562, marzo 2021, Centro de Estudios Públicos, pp. 14 y ss.

III.- ¿Por qué los cuidados deberían ser incorporados en el texto constitucional?

1.- Estado social y democrático de derecho

Una de las Bases Constitucionales que dieron origen a la etapa actual del proceso constituyente es el acuerdo por establecer que Chile es un Estado social y democrático de derecho. Esto incluye reconocer derechos y libertades fundamentales y promover el desarrollo progresivo de derechos sociales. La Comisión Expert materializó este acuerdo en el Artículo 1.2 del Anteproyecto, y agregó además el deber del Estado de servir a las personas y a la sociedad (Art. 2.1), y promover condiciones de justicia y solidaridad (Art. 2.2.).

Implícitamente, el diseño de los estados de bienestar⁶³ y el desarrollo del constitucionalismo europeo se han fundado en un modelo determinado de familia y en roles específicos atribuidos a cada género⁶⁴. Este modelo familiar contempla un padre proveedor y una madre cui-

dadora, estructura que fue profundizada por las políticas públicas estatales. La realidad de las familias chilenas dista de este modelo ideal. En Chile, las familias cada vez tienen menos integrantes, hay un aumento progresivo de hogares unipersonales y familias monoparentales lideradas por mujeres⁶⁵.

Pensar una fórmula de Estado social en el 2023, que pueda proyectarse hacia el futuro debe tomar en cuenta la organización social de los cuidados. No es posible ignorar los cambios demográficos y culturales que tensionan las formas en que los cuidados han sido distribuidos hasta ahora. En las actuales circunstancias, la idea de una familia autosuficiente, que pueda por sí misma satisfacer todas las necesidades de cuidado de sus miembros es irreal⁶⁶. Asimismo, los derechos de las personas que requieren más intensamente de cuidados, como niños y niñas, personas mayores, con discapacidad o enfermedades graves, no pueden depender de si tienen o no familia, ni de la voluntad o los recursos de sus familiares.

63 PATEMAN, Carole (1998), "The Patriarchal Welfare State. In Democracy and the Welfare State", ed. for Amy Gutmann, Studies from the Project on the Federal Social Role, Princeton University Press, New Jersey.

64 RUBÍO-MARÍN, Ruth (2015), "The (Dis)Establishment of Gender: Care and Gender Roles in the Family as a Constitutional Matter", International Journal of Constitutional Law, Vol. 3, No. 4, pp. 791 y ss.

65 INE. Resultados Censo 2017. Disponible en <http://resultados.censo2017.cl/>.

66 FINEMAN, Martha (2019), "Care and Gender", Reassembling Motherhood Procreation and Care in a Globalized World, ed. for Sonya Michel, Yasmin Ergas and Jane Jenson, Columbia University Press, New York, p. 8.

2.- Igualdad de género

La división sexual del trabajo, que deja como principal responsable de los cuidados a las mujeres, obstaculiza seriamente la igualdad de género. Ya en 1995, la Plataforma de Acción de Beijing identificó que el “el cuidado de los hijos, los enfermos y las personas de edad son una responsabilidad que recae desproporcionadamente sobre la mujer debido a la falta de igualdad y a la distribución desequilibrada del trabajo remunerado y no remunerado entre la mujer y el hombre.”⁶⁷.

En el año 2013, la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y derechos humanos informó que la desigual distribución del trabajo doméstico no remunerado, incluyendo el cuidado de personas dependientes, afecta seriamente el ejercicio de derechos humanos de niñas y mujeres, especialmente de aquellas que viven en condiciones de pobreza⁶⁸. Más recientemente, la Agenda para el Desarrollo Sostenible 2030 establece que para lograr el objetivo de la igualdad de género es preciso “[r]econocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados

mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país.”⁶⁹.

El Anteproyecto establece que el Estado debe promover la participación de las mujeres en condiciones de igualdad en los distintos ámbitos de la vida nacional (Art. 4.2), y asegura el derecho a la igualdad y la no discriminación (Art. 16 N° 3). Para cumplir con estos mandatos y garantizar los derechos de las mujeres es imprescindible redistribuir los cuidados, fomentando la corresponsabilidad social. Esto debe hacerse desde el texto constitucional, estableciendo como estándar la redistribución de los cuidados entre todas las personas, las familias, la sociedad y el Estado.

3.- Derecho internacional de los derechos humanos

Chile ha suscrito tratados que refieren a los cuidados en relación con grupos vulnerables. La Convención sobre los derechos del niño reconoce que niños y niñas requieren cuidados que deben ser garan-

⁶⁷ Plataforma de Acción de Beijing, aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 1995, párr. 30.

⁶⁸ SEPÚLVEDA Magdalena y ONU (2013), “Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos”, A/68/293, 9, ONU: Consejo de Derechos Humanos.

⁶⁹ Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en septiembre de 2015. Meta 5.4. Disponible en <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>>.

tizados por el Estado⁷⁰ y que tienen el derecho a ser cuidados por sus padres⁷¹. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece que los Estados deben asistir y apoyar a las familias y cuidadores de personas con discapacidad⁷², y asegurar servicios de cuidado en situación de pobreza⁷³. Aunque no menciona expresamente los cuidados, la CEDAW⁷⁴ establece la función social de la maternidad y la responsabilidad común de los padres, hombres y mujeres, respecto de sus hijos (Art. 5.b).

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en el año 2015, fue el primer instrumento regional que estableció el derecho al cuidado de forma autónoma⁷⁵. El Artículo 12 prescribe que la persona mayor tiene derecho

a un “sistema integral de cuidados”, lo que incluye la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda. Asimismo, exige a los Estados apoyar a las familias y cuidadores, teniendo en cuenta la perspectiva de género y el respeto a la dignidad e integridad de la persona mayor⁷⁶.

Para Laura Pautassi, desde estos y otros instrumentos de derecho internacional es posible interpretar un derecho humano al cuidado⁷⁷, entendido como el derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado⁷⁸. Esta tesis fue acogida recientemente en una sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador, que establece el derecho al cuidado en estas tres dimensiones, y lo reconoce como un derecho humano y fundamental⁷⁹. Esta formula-

⁷⁰ Convención Sobre los Derechos del Niño, Arts. 3, 18, 20 y 23 (D.O. 27 de septiembre de 1990).

⁷¹ Convención Sobre los Derechos del niño, Art. 7°.

⁷² Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Art. 16.2. (D.O. 17 de septiembre de 2008).

⁷³ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Art. 28 letra c).

⁷⁴ Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, promulgada en Chile a través del Decreto N° 789 (D.O. 07 de diciembre de 1989).

⁷⁵ La Convención fue adoptada el 15 de junio de 2015, ratificada por Chile y promulgada a través del Decreto N° 162 (D.O. de 7 de octubre de 2017).

⁷⁶ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Art. 12°.

⁷⁷ PAUTASSI, Laura (2022), “La interdependencia del derecho al cuidado. Un debate normativo y político”, Familias, Infancia y Constitución, editado por Miguel Cerillo, Ester Valenzuela y Juan Pablo González, primera edición. Monografías, Thomson Reuters, Santiago, p. 68.

⁷⁸ PAUTASSI, Laura (2007), El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos, Serie Mujer y Desarrollo, Vol. 87, Naciones Unidas; CEPAL; Unidad Mujer y Desarrollo, Santiago, p. 18.

⁷⁹ Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, No. 3-19-JP/20 y acumulados, c. 100 y ss.

ción es coincidente con los compromisos adoptados en las Conferencias Regionales sobre la Mujer de América y el Caribe, que desde el año 2010 han instado por el reconocimiento del derecho al cuidado. En la última Conferencia, realizada el año 2022 en Buenos Aires, se adoptó el compromiso de “[r]econocer el cuidado como un derecho de las personas a cuidar, a ser cuidadas y a ejercer el autocuidado sobre la base de los principios de igualdad, universalidad y corresponsabilidad social y de género [...]”⁸⁰.

IV.- ¿Cómo incluir los cuidados en la Constitución?

A nivel comparado, varios países del continente incluyen los cuidados en sus textos constitucionales. Por ejemplo, la

Constitución de Ecuador contiene varias menciones al cuidado respecto de grupos vulnerables⁸¹, y lo reconoce como un trabajo productivo⁸². Las Constituciones de Bolivia⁸³, Venezuela⁸⁴ y República Dominicana⁸⁵ también reconocen el valor económico del trabajo de cuidado. La Constitución Política de la Ciudad de México establece el derecho al cuidado y obliga al Estado a crear un sistema de cuidados⁸⁶.

Para Laura Pautassi, es importante que se establezcan los cuidados como un derecho de cada persona, y a partir de allí analizar su distribución, en qué condiciones y recursos se presta, quiénes se encuentran obligados, etc.⁸⁷. Independientemente de la fórmula concreta que se elija para incluir los cuidados en el texto constitucional, es necesario que esta incorporación se guíe por los siguientes criterios.

⁸⁰ Compromiso de Buenos Aires, párrafo 8. Adoptado en la XV Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, organizada por la CEPAL.

⁸¹ Constitución de la República del Ecuador 2008, Arts. 38. 1 y 8; 45, 46; 363.5;

⁸² Constitución de la República del Ecuador 2008, Arts. 325, 333, 369

⁸³ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, Art. 338.

⁸⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Art. 88.

⁸⁵ Constitución de la República Dominicana, Art. 55.11.

⁸⁶ Art. 9.B “Derecho al cuidado. Toda persona tiene derecho al cuidado que sustente su vida y le otorgue los elementos materiales y simbólicos para vivir en sociedad a lo largo de toda su vida. Las autoridades establecerán un sistema de cuidados que preste servicios públicos universales, accesibles, pertinentes, suficientes y de calidad y desarrolle políticas públicas. El sistema atenderá de manera prioritaria a las personas en situación de dependencia por enfermedad, discapacidad, ciclo vital, especialmente la infancia y la vejez y a quienes, de manera no remunerada, están a cargo de su cuidado.”

⁸⁷ PAUTASSI, Laura (2023), “La igualdad en emergencia. Derecho al cuidado en América Latina”, Nuevas Familias Nuevos Cuidados, editado por Isabel Jaramillo y Tari Garzón, Derecho y Política. Nuevos Feminismos, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, p. 156.

En primer lugar, se debe reconocer el valor de las labores de cuidado no remunerado, y establecer la corresponsabilidad social sobre los mismos. Es imprescindible que todas las personas, las familias, la sociedad y el Estado compartan la responsabilidad de proveerlos. En segundo lugar,

es necesario no profundizar estereotipos de género y admitir que todas las personas, independiente de su género, pueden cuidar de otras. En tercer lugar, el Estado debe garantizar los cuidados de las personas más vulnerables y con mayor grado de dependencia.

Por Sebastián Salazar Pizarro⁸⁸

I.- Primeras aproximaciones

El presente informe tiene como finalidad formular comentarios al articulado propuesto en el anteproyecto de la Comisión Experta respecto a la regulación de los estados de excepción constitucional.

En este sentido, es importante recordar que, en el proceso constitucional en curso, el artículo 154 N° 11 del texto vigente dispone que: “11. La Constitución consagra, a lo menos, cuatro estados de excepción constitucional: de asamblea, de sitio, de catástrofe y de emergencia.”. De esta manera, la Comisión Experta contaba con un mandato claro y expreso como límite a su acción, el cual fue respetado satisfactoriamente por los comisionados expertos en vista del articulado propuesto.

Como principal reflexión general a considerar sobre esta materia es que se preserva la parte sustantiva de la actual regulación constitucional de los estados de excepción constitucional indicados en el párrafo anterior, pero innovando en el articulado propuesto a partir de tres

ideas: 1) mejoras técnicas en la redacción; 2) consagración de estándares materiales y mecanismos de control en las declaraciones de estados de excepción constitucional; y 3) la elevación a rango constitucional de diversas prácticas institucionales que se han desarrollado en el país, a partir de la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe como consecuencia del terremoto y maremoto que afectó a la zona centro sur de nuestro país el año 2010.

II.- Estados de Excepción

Al respecto, la primera decisión adoptada por la Comisión Experta fue la aprobación unánime de la nueva ubicación geográfica de este epígrafe. La Constitución vigente contempla la regulación de los Estados de Excepción Constitucional en un epígrafe al final del Capítulo IV Gobierno, entre los artículos 39 y 45. A su vez, el anteproyecto innova al ubicar esta materia en el Capítulo II Derechos y Libertades Fundamentales, Garantías y Deberes Constitucionales, entre los artículos 30

⁸⁸ Coordinador académico del Núcleo Constitucional UAH y académico del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Investigador asociado del Centro Interdisciplinar de Políticas Públicas de la Universidad Alberto Hurtado. Máster Universitario en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid.

y 37. De esta manera, se refuerza el carácter extraordinario de dicha regulación por el hecho de restringir o suspender el ejercicio de los derechos y garantías que expresamente se señalan en el articulado propuesto, ante la ocurrencia de hechos que impliquen una importante alteración del orden democrático constitucional. En vez de articularse, indirectamente, como el ejercicio de potestades exclusivas y extraordinarias del Poder Ejecutivo.

Otra importante innovación corresponde en llenar una importante omisión legislativa de nuestro sistema político desde el año 1989, reforzada además por los sustantivos cambios introducidos a este acápite por medio de las reformas constitucionales del año 2005. Se trata de la redacción propuesta en la disposición transitoria duodécima, en la cual se mandata al Presidente de la República el envío de un proyecto de ley institucional para la adecuación de la ley N° 18.415, orgánica constitucional de los Estados de Excepción.

La propuesta presenta una reordenación técnica en cada uno de los estados de excepción constitucional, relativa a la inclusión expresa en los artículos en que se desarrollan cada uno de los cuatro estados de excepción constitucional. Es decir, el artículo 43 texto actual va indicando, inciso por inciso, cuales son los derechos que se pueden restringir su ejercicio dependiendo del tipo específico de estado

de excepción constitucional que se declare, los cuales son desarrollados en otros artículos del epígrafe. En el anteproyecto, en cambio, los numerales 6 y 7 del artículo 31 indican en forma expresa cuales son los derechos que pueden suspender o restringir su ejercicio en los estados de asamblea y sitio, respectivamente. El numeral 5 del artículo 32 se refiere al caso del estado de catástrofe. Por último, el numeral 3 del artículo 33 versa sobre el estado de emergencia.

El anteproyecto busca aumentar los estándares de rendición de cuentas del Presidente de la República al Congreso Nacional, como un adecuado mecanismo de contrapeso, respecto de las medidas adoptadas en cada una de las declaraciones que formule, introduciendo principios sustantivos que el derecho internacional exige para la regulación de la excepción constitucional, como son la proporcionalidad y la necesidad. Estos estándares se aplican tanto a la dictación, renovación duración, extensión y medios empleados en un estado de excepción constitucional.

En este sentido, se propone insistir con la propuesta de consagrar constitucionalmente una comisión bicameral en el Congreso Nacional, que se complemente con aquellas medidas que la respectiva ley institucional considere.

Un fundamento para justificar lo anterior se deriva de la crisis institucional que experimenta el país, en el que la ex-

cepción constitucional se torna como la regla general. Esto se grafica por las sucesivas declaraciones de estado de excepción constitucional decretadas en los últimos años, ya sea por la pandemia del COVID-19 o por los problemas de orden público que hasta la fecha se experimentan en La Araucanía y en Arauco. En ese sentido, es menester cumplir con los fines propios de una democracia constitucional, y en este caso concreto, consiste en que el ejercicio de estas atribuciones extraordinarias se haga conforme al Estado de Derecho, respetando el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y asegurar la pronta recuperación de la normalidad constitucional.

Ante el empleo de las FFAA en labores propias de las FFOO, como son garantizar el orden público y la seguridad pública interior, el país experimenta un proceso de militarización de estas funciones, en vista de la incapacidad estatal y del sistema político de articular una política pública consensuada para el combate de la cada vez más compleja criminalidad. **Por tanto, se propone que lo referente a la atribución presidencial de decretar el resguardo de la infraestructura crítica se trasladen al presente epígrafe, pero no como un nuevo estado de excepción constitucional, sino como una figura intermedia sometida a los controles formales y materiales que el anteproyecto contiene.** De esta manera, se busca no normalizar una ac-

tividad o incapacidad estatal, de carácter extraordinaria y coyuntural, dentro de un marco normativo y una práctica político institucional ya consolidada en nuestro país.

Otra alternativa plausible sobre la materia consiste en mantener la regulación propuesta en el capítulo de Gobierno y Administración del Estado del empleo de los medios militares para el resguardo de la infraestructura crítica, pero haciendo remisión expresa a los criterios formales y materiales contenidos en el epígrafe en estudio. Es decir, en primer lugar, vincular lo prescrito en el artículo 122.4, respecto a las prórrogas y rendición de cuentas de las medidas adoptadas, con el artículo 35 las materias a regular por la ley institucional correspondiente sobre mecanismos de información de medidas adoptadas. En segundo lugar, lo prescrito en el artículo 34, relativo al rol del Oficial General al mando de los medios empleados de actuar de conformidad a la ley con las autoridades, en vista del control del orden público que se realice en normalidad constitucional. Por último, el artículo 37, el cual establece el mandato al Presidente de la República y al Congreso Nacional, según corresponda en las renovaciones, de considerar los principios de proporcionalidad y necesidad como criterios materiales de consideración en la toma de sus decisiones.

Este comentario se realiza en el sentido de que esta atribución exclusiva, mal utilizada por los gobiernos de turno, puede aumentar los riesgos de abuso de poder y de lesionar el ejercicio de los derechos fundamentales en contextos de degradación institucional y democrática como los que experimenta el país en la actualidad, sin los debidos mecanismos de controles y contrapesos, llevándonos a escenarios de autoridades que ejerzan el poder de manera iliberal o autoritaria.

Paralelo al objetivo anterior, el anteproyecto considera un mayor quórum de aprobación por el Congreso Nacional para la tercera prórroga y las sucesivas en el estado de sitio.

Además, una nueva innovación se refiere a dos normas que el epígrafe contiene, tendientes a resguardar los derechos fundamentales. La primera establece de manera expresa que sólo podrá restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos y garantías expresamente señalados en los artículos que regulan los estados de excepción, y la segunda, dispone que los decretos del Presidente de la República y los actos administrativos del Jefe de la Defensa Nacional deberán señalar expre-

samente los derechos que se restrinjan o suspendan. Estas nuevas disposiciones se ajustan a lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y pretenden dar certezas a las y los ciudadanos respecto de las implicancias que pueden tener las medidas que se adopten durante un Estado de Excepción, en relación con el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Adicionalmente, la propuesta considera la experiencia práctica en el desarrollo de los estados de excepción constitucional, especialmente la norma que establece el deber de las jefaturas de la Defensa Nacional de actuar de conformidad a lo establecido en la ley con las autoridades civiles. Un ejemplo concreto vinculado a este aspecto se refiere al rol del Ministerio de Defensa y las FFAA en las diversas fases del ciclo de los desastres, a partir de lo prescrito en el Artículo 15 y siguientes de la Ley N°21.364, que establece el Sistema Nacional de Prevención y Respuesta ante Desastres, sustituye la Oficina Nacional de Emergencia por el Servicio Nacional de Prevención y Respuesta ante Desastres, y adecúa normas que indica.

MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ANTEPROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN

Por María Paz Valdivieso⁸⁹

I.- Introducción

Una de las principales innovaciones del anteproyecto de Nueva Constitución propuesto por la Comisión Experta, es la incorporación de un capítulo de “Representación Política y participación” y en especial la inclusión de mecanismos de participación ciudadana.

La inclusión de mecanismos de democracia directa en las constituciones no es algo nuevo y aparecen como mecanismos propios en las democracias modernas. Estos mecanismos tienen por objetivo acercar a la ciudadanía al Estado y legitimar la toma de decisiones. En ese sentido, la participación ciudadana se posiciona como herramienta relevante a la hora de generar cambios en la sociedad o relevar los temas de interés y/o preocupación de los individuos, generando una relación entre la ciudadanía, la sociedad civil y el gobierno⁹⁰.

Para Meza, los mecanismos de participación ciudadana surgen entonces como herramientas de atenuación de la repre-

sentatividad, de legitimación del quehacer político, los cuales buscan a través de canales institucionales formales incidir en la toma de decisiones.

Estos mecanismos traen aparejados una serie de beneficios para el sistema democrático, los que hacen que su incorporación sea aún más relevante: Dan mayor eficiencia y eficacia en las políticas públicas porque se involucra a los gobernados en la toma de decisiones de modo que creen en las medidas que se le están aplicando; generan mayores niveles de control público o accountability y son una herramienta para la educación cívica, la cual permite a la ciudadanía tomar una postura sobre determinados temas de interés público.

El capítulo en cuestión, busca hacerse cargo de este desafío propio de las democracias modernas incorporando, por un lado, el derecho a la participación ciudadana en los asuntos de interés público (art. 39) y por otro, un apartado especialmente dedicado a los mecanismos de participación ciudadana (art. 46 al 52).

⁸⁹ Coordinadora ejecutiva del Núcleo Constitucional UAH y directora de Vinculación con el Medio y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Magister en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica de Chile.

⁹⁰ MEZA, Carolina (2020), “Participación ciudadana en la nueva Constitución”. Siete propuestas para la Nueva Constitución, Centro de Estudios Públicos, p. 121.

II.- Principales elementos de la participación ciudadana en el anteproyecto de Nueva Constitución

Este capítulo presenta un derecho general a la participación, el cual es similar a lo establecido en la Constitución española⁹¹, en cuanto se establece que es un derecho de las personas participar en los “asuntos de interés público”, lo cual se hace a través de los procesos electorales, plebiscitos y referendos, pero también a través de los mecanismos de participación ciudadana. Este derecho implica, que el modelo de democracia propuesto en el anteproyecto, combina elementos de representación a través de las elecciones periódicas, con elementos de democracia participativa.

La OCDE⁹² ha entendido que las democracias participativas son aquellas en las que se incorporan mecanismos adicionales de consulta e interacción con los ciudadanos en el proceso de formulación de políticas públicas y donde los movimientos sociales también serán un elemento esencial que influyen en el régimen democrático. En la misma línea, el profesor Francisco Soto⁹³ entiende que la democracia participativa es el conjunto de instituciones que permiten la interven-

ción de sujetos, en procedimientos administrativos, legislativos o parlamentarios de interés público”.

Por su parte, este derecho viene con el correlativo deber del Estado de respeto y promoción del ejercicio del derecho, tendiendo a favorecer una amplia deliberación pública.

Este deber del Estado debe ser vinculado con lo establecido en el artículo 40, el cual dentro de las características del derecho a sufragio, exige que este sea informado. Bajo estos supuestos, se podría entender que el Estado tiene el deber de informar a la ciudadanía en cada uno de los procesos electorales y durante el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana.

III.- Mecanismos de participación ciudadana en el anteproyecto de la Comisión Experta

El anteproyecto establece siete mecanismos de participación ciudadana en los artículos 46 al 52. Estos son:

- Mecanismos de participación ciudadana en el proceso de formación de la ley, el cual será determinado por ley;

⁹¹ Artículo 23: Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

⁹² OECD. (2017). “OECD Public Governance Review: Chile. Scan Report on the citizen participation in the constitutional process”. OECD Public Governance Review.

⁹³ SOTO, Francisco. (2013). El desafío de la participación. Santiago: LOM

- Iniciativa popular de ley;
- Iniciativa de derogación de ley;
- Participación en la gestión pública;
- Foros de deliberación;
- Mecanismos de participación a nivel regional y local y;
- Presupuestos participativos a nivel regional y local.

De estos siete mecanismos, se realizará un análisis en profundidad de dos: la iniciativa popular de norma y la iniciativa de derogación de norma.

Ambos mecanismos son de los que se denominan de “activación ciudadana”⁹⁴, es decir son aquellos cuyo inicio tiene el carácter ciudadano para luego ser revisado y finalizado por los poderes del Estado.

1.- Iniciativa popular de ley

El artículo 51 regula este mecanismo, el cual se encuentra presente en múltiples constituciones a nivel comparado. El texto propuesto establece que no menos del 4% ni más del 6% del padrón electoral podrán presentar iniciativas de normas para ser discutidas en el Congreso Nacional. Para esto deberán presentar ante el SERVEL un escrito con las ideas matrices o fundamentales que motivan el articulado que se propone.

Existen diversos puntos que son importantes de destacar. En primer lugar, respecto al número de firmas necesarias para patrocinar estas iniciativas, el porcentaje del padrón electoral parece adecuado, y se acerca a lo establecido en la experiencia comparada (usualmente es el 5%). Sin embargo, esto no implica que sea un número fácil de alcanzar. Considerando que el padrón electoral actual con voto obligatorio es de más de 15 millones de personas, se requeriría a lo menos de 600.000 firmas para que una iniciativa sea discutida en el Congreso. Si a eso le agregamos el plazo de 180 días establecido para recopilar las firmas, el escenario es aún más complejo.

Por otro lado, no se entiende la razón de incorporar un tope del 6% al número de personas que pueden patrocinar una iniciativa. No parece justificado tener un tope, ni tampoco se señala cuáles serían las sanciones en caso de sobrepasar ese tope. ¿Podría una iniciativa popular de norma ser declarada inadmisibles por tener demasiados patrocinios y superar el 6%? Esto es algo que claramente atentaría contra los mecanismos de participación ciudadana.

El último punto que es importante mencionar, es que la norma propuesta en el anteproyecto no presenta límites

⁹⁴ A diferencia de lo que ocurre con los mecanismos como plebiscitos y/o referendos que son de ratificación o finalización por la ciudadanía.

materiales. Es decir, se pueden presentar iniciativas de ley sobre cualquier materia (siempre considerando el ámbito del dominio legal). La única limitante establecida en el artículo 47.2 es que las materias que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, una vez recopiladas las firmas, deberá ser patrocinada por él, dentro de los próximos 30 días. Es decir, en aquellas iniciativas de ley que se refieran a cualquiera de las materias establecidas en el artículo 80⁹⁵, tales como las relativas a tributos, la creación de servicios públicos, las normas sobre seguridad social o las normas sobre negociación colectiva o huelga, entre otras, podrán ser iniciadas por la ciudadanía, sin embargo requerirán del patrocinio del Presidente de la República⁹⁶.

2.- Iniciativa de derogación de norma

El artículo 48 establece un segundo mecanismo de participación ciudadana, el cual es lo opuesto a la iniciativa popular de norma. Aquí no se busca proponer una materia para que sea regulada por el legislador, sino que se busca sacar del orde-

namiento jurídico una ley o parte de ley por descontento ciudadano.

Este mecanismo está menos regulado que la iniciativa popular de ley a nivel comparado, ya que trae aparejado una serie de variables que complejizan su funcionamiento.

El anteproyecto establece un triple umbral de participación ciudadana para la derogación de una norma: un umbral de presentación, un umbral de ratificación y un umbral en el referendo de salida.

El artículo 48 señala que para que proceda la iniciativa, un grupo de 3% del último padrón electoral puede presentar ante el SERVEL una iniciativa de derogación de ley. Esta presentación ante el SERVEL no tiene mayores formalidades salvo que se debe indicar expresamente la ley o los artículos que se pretende derogar y sus fundamentos.

Esta iniciativa debe ser presentada dentro de los 60 días desde la publicación de la ley. Por lo que, el espacio de tiempo en que procede el mecanismo de participación ciudadana es sumamente acotado, siendo difícil evaluar su correcto funcionamiento en tan breve plazo. De presentarse, probablemente sería contra leyes

⁹⁵ El artículo 47 hace referencia al artículo 79. Sin embargo, el que regula las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y su procedimiento están en el artículo 80, por lo que se entiende que la referencia debe ser a este artículo y que constituye un error en la referencia.

⁹⁶ Esta es una diferencia sustantiva con la Propuesta de Nueva Constitución de la Convención Constitucional, donde las iniciativas populares de ley no podían referirse a tributos, a la administración presupuestaria del Estado ni limitar derechos fundamentales.

abiertamente impopulares desde su tramitación y no contra leyes que presenten problemas en su implementación o funcionamiento.

Una segunda etapa, es que una vez presentada ante al SERVEL la iniciativa, ésta debe recopilar los patrocinios de entre el 7% y 12% del último padrón electoral. Este es el segundo umbral y nuevamente presenta un plazo máximo de 60 días para ser reunidas todas las firmas, bajo sanción de ser archivada la medida. Aquí nuevamente no se explica el motivo de imponer un tope de patrocinios.

En tercer lugar, de lograr reunirse las firmas de más del 3% para presentar la iniciativa y más del 7% de patrocinios, la derogación de la ley se sometería a un plebiscito, en el cual deben participar a lo menos el 40% del padrón electoral. Bajo un sistema electoral con voto obligatorio, el establecer un umbral de participación carece de sentido, sin embargo aparece como un obstáculo más para el funcionamiento de este mecanismo de participación ciudadana.

Además de todos estos requisitos formales, se establecen requisitos materiales. En primer lugar, no procede contra leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, las vinculadas con tratados internacionales y las reformas constitucionales. Tampoco la derogación puede producir efectos que contravengan la Constitución

o los derechos adquiridos conforme al ordenamiento jurídico vigente.

En segundo lugar, la Corte Constitucional debe revisar que se cumpla lo anteriormente señalado. Por lo que, una vez reunidos los patrocinios, el SERVEL debe remitir la iniciativa a la Corte Constitucional para que ésta lo revise y realice un examen de admisibilidad (art. 169 letra l). Solo en el caso que la Corte la declare admisible podrá ir a plebiscito la iniciativa de derogación de norma.

En caso que la iniciativa de derogación de norma pase todos estos obstáculos y se apruebe en referendo, el TRICEL deberá comunicar el resultado al Presidente de la República y al Congreso Nacional para que estos últimos adopten las medidas para la derogación, debiendo examinar los efectos de la misma. Para esta última etapa, no se establece un plazo específico.

En síntesis, el funcionamiento de las iniciativas de derogación de norma es sumamente difícil, por lo que es probable que nunca se logre aplicar ni desarrollar este mecanismo de participación ciudadana, ya que presenta altos niveles de exigencias y patrocinios en plazos sumamente acotados.

IV.- Conclusión

En conclusión, se valora positivamente la incorporación del capítulo de “Representación Política y Participación” en el

anteproyecto de la Comisión Experta, especialmente en lo que respecta a los mecanismos de participación ciudadana, en cuanto buscan dar respuestas a las demandas ciudadanas para modernizar y acercar el Estado a las personas.

Si bien la propuesta de la Comisión Experta incorpora diversos mecanismos que no existen actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, tales como la iniciativa popular de norma y de derogación de norma, la imposición de múltiples requisitos para su realización pueden terminar por imposibilitar su funcionamiento, sobre todo considerando que el voto obligatorio aumenta el número de patrocinio para la activación de estos mecanismos.

Dentro de los grandes ausentes de este capítulo, hace falta una norma que establezca un deber expreso del Estado de informar y educar de cara a los procesos electorales y sobre el funcionamiento de los mecanismos de democracia directa. Solo así se logrará fortalecer el sistema con una ciudadanía informada para tomar las decisiones.

Nunca hay que perder de vista que estos mecanismos buscan fortalecer la democracia. Si son mal utilizados o se imponen requisitos irrealizables para su ejecución pueden terminar convirtiéndose en letra muerta, deslegitimando las instituciones y corrompiendo la democracia. Justamente lo contrario a lo buscado por los mismos.

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y LA TOMA DE RAZÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN EXPERTA DE 2023

Por Enrique Rajevic Mosler⁹⁷

I.- Distinción entre Gobierno y Administración

Esta diferenciación no ha logrado afincarse en nuestro derecho público y nuestros textos constitucionales, pese a que los primeros estudiosos de la Administración Pública en nuestro país, como Valentín Letelier (1917) y Hermógenes Pérez de Arce (1884), o constitucionalistas como Huneuus (1891), la plantearon con entusiasmo y claridad.

La acusación de la existencia de operadores/as políticos o los reclamos por la inestabilidad de los/as altos/as directivos/as públicos/as ante los cambios gubernamentales son un síntoma claro de los problemas que genera confundir ambas funciones. Y es que distinguirlas contribuye a:

- Resguardar la continuidad y la calidad en la ejecución de las políticas públicas pues asume la existencia

de políticas de Estado, aprobadas y concebidas para el largo plazo en respuesta a objetivos que trascienden un puro periodo gubernamental;

- Prevenir y combatir la corrupción, atendida la identificación de la Administración con el interés general;
- Reducir la brecha que existe entre las demandas ciudadanas y la capacidad de los agentes públicos para satisfacerlas, pues estos deben profesionalizarse y validarse por su calidad;
- Proteger la perspectiva del trabajo decente dentro de la Administración Pública; y
- Fortalecer la confianza de la ciudadanía en el Estado (y, de paso, en la democracia)⁹⁸.

Debe destacarse que el Anteproyecto avanza en esta distinción en su art.

⁹⁷ Secretario General y académico del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Investigador asociado del Centro Interdisciplinar de Políticas Públicas de la Universidad Alberto Hurtado. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.

⁹⁸ Reproduzco aquí razones contenidas “Propuesta constitucional para garantizar un servicio civil profesional e imparcial para Chile”, que elaboré y apoyé junto a otras personas, y fue presentada en el anterior proceso constitucional como Iniciativa Popular de Norma N° 16.898, durante 2022, no alcanzando las 15.000 firmas requeridas para su discusión.

110.4.⁹⁹ De esta norma puede deducirse que:

- Existe un Gobierno “encabezado por el Presidente de la República e integrado por quienes son designados para ejercer cargos de exclusiva confianza”, al que le corresponden “las funciones de gobierno y de la conducción general del Estado, de la Administración del Estado y de la definición de las políticas públicas”.
- La Administración del Estado no se identifica con el Gobierno (no es lo mismo) puesto que es “conducida” por aquel. Sus integrantes son “los funcionarios públicos... incluidos quienes ejercen cargos de dirección pública, en la administración nacional, regional y local, quienes para todos los efectos ejercerán funciones de administración”. Esto tiene, al menos, 3 implicancias: (i) Se excluye del mundo administrativo a los cargos de exclusiva confianza, pues son parte del Gobierno: (ii) La Administración tiene tres niveles: nacional, regional y local; y (iii) los cargos de dirección pública que no sean de exclusiva confianza son

parte de la Administración, no del Gobierno.

Sin embargo, el anteproyecto no es completamente consistente, algo peligroso porque ello puede arruinar el propósito perseguido. Para que lo fuese, deberían modificarse las siguientes normas:

- a. El artículo 92.1. señala que “El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente o Presidenta de la República, quien es el Jefe del Estado y el Jefe del Gobierno”, texto que sigue de cerca el art. 24 de la Constitución actual, los arts. 60 y 71 de la Constitución de 1925 y los arts. 59 y 81 de la Constitución de 1833.

El problema de entregarle el “gobierno y la administración del Estado” al Presidente o Presidenta es que la distinción de ambas funciones se diluye. Por ello, se propone eliminar en el art. 92.1 que el Presidente o Presidenta de la República esté a cargo del “gobierno y la administración”, manteniendo solo su condición de Jefe/a de Estado y Jefe/a del Gobierno, algo coherente con un modelo presidencialista. Un apartado segundo podría disponer que “El

⁹⁹ “La Administración del Estado está integrada por los funcionarios públicos designados para ocupar un empleo o cargo remunerado con recursos del Estado, incluidos quienes ejercen cargos de dirección pública, en la administración nacional, regional y local, quienes para todos los efectos ejercerán funciones de administración. Lo anterior, es sin perjuicio de las funciones de gobierno y de la conducción general del Estado, de la Administración del Estado y de la definición de las políticas públicas que le corresponden al Gobierno encabezado por el Presidente de la República e integrado por quienes son designados para ejercer cargos de exclusiva confianza, calificados como tales por esta Constitución o la ley, atendida la naturaleza de sus funciones”.

Gobierno estará integrado por quienes ejerzan cargos de exclusiva confianza calificados como tales por esta Constitución, o por la Ley atendiendo a la naturaleza de sus funciones, y estará a cargo de la conducción general del Estado y de la Administración del Estado, además de la definición de las políticas públicas.”.

b. En esta misma línea sería deseable eliminar del art. 110.1 la atribución de “aprobar... las políticas públicas”, pues esa es una tarea que compete al Gobierno.

c. En el art. 110.4, por último, habría que suprimir lo relativo al Gobierno que se habría trasladado al nuevo 92.2 propuesto.

d. Sería deseable, por último, que tratándose de los Gobiernos Regionales y las Municipalidades se haga análoga distinción pues experimentan los mismos riesgos. Tratándose de los gobiernos regionales bastaría con suprimir “y administración” en el art. 130.1. y “de gobierno y administración,” en el art. 131.1., y en el caso de las municipalidades habría que eliminar “y administración” en el art. 134.1.

II.- Empleo Público

El Anteproyecto contiene un artículo expresamente dedicado a este tema, mucho más robusto que la parte que le destina el inciso 1º art. 38 del actual texto constitucional.

Dada la falta de operatividad de este último se trata de una buena señal, pero que también convendría perfeccionar para evitar que se repita el fenómeno de la precarización del empleo público que esta norma no ha podido evitar. Para estos efectos, se plantean las siguientes recomendaciones:

a. Modificar el art. 16 N° 19, sobre acceso a empleos públicos, que se limita a reproducir el actual y casi irrelevante art. 19 N° 17 de la Constitución vigente, que, a su vez, sigue casi literalmente los arts. 12 N° 2 de la Constitución de 1833 y 10 N° 8 de la de 1925.

Se propone el siguiente: *“El derecho de todas las personas a acceder con igualdad de oportunidades a todas las funciones y empleos públicos sin otros requisitos que los que fije esta Constitución y las leyes, y con las excepciones que la propia Constitución admita, respetando y promoviendo criterios de inclusión, no discriminación y equidad de género en conformidad a esta Constitución y la ley. Los sistemas de*

ingreso, desarrollo y cese en estas funciones y empleos, salvo las excepciones señaladas, deberán respetar el carácter técnico y profesional de estas funciones y empleos, así como la dignidad de las personas”.

Una norma de este tipo tiene las ventajas de: (i) transformar la norma propuesta en un derecho fundamental operativo que sirva de base eficaz del sistema de empleo público y opere para todos los órganos del Estado (no solo la Administración Pública); y (ii) evitar la captura política de estos empleos, privilegiando el mérito y la inclusión.

b. El art. 102 f) señala que el Presidente de la República está a cargo de nombrar y remover “a su voluntad” al personal de su exclusiva confianza y agrega *“y proveer los demás empleos civiles en conformidad a la ley. La remoción de los demás funcionarios se hará de acuerdo a las disposiciones que ésta determine”.*

La primera oración del literal debería terminar en “exclusiva confianza”, pues no es correcto (ni factible) que el/la Presidente/a *“provea los demás empleos civiles en conformidad a la ley”*; en rigor, el grueso de los empleos públicos es provisto por los/as jefes/as superiores/as de los servicios públicos.

Para corregir este error, la segunda oración debería decir: “La provisión y remoción de los demás empleos civiles se realizará en conformidad a esta Constitución y la ley”. Incluso, podría dejarse el literal hasta “exclusiva confianza”, pues para los demás empleos aplicaría el art. 16 N° 19, si se modifica como se propuso precedentemente.

c. También convendría que el art. 102 a) dejase de calificar a “embajadores y embajadoras, a los jefes de misiones diplomáticas, y a los representantes ante organizaciones internacionales” como personal de exclusiva confianza presidencial. Esto no quita que el legislador pueda darles esta categoría a algunos/as, pero evitaría rigidizar constitucionalmente un tema muy opinable.

d. Por último, sería útil una norma que impida recaer en el fenómeno del uso de contratos a honorarios para cubrir cargos permanentes. Podría modificarse el art. 110.4., que señala que *“La Administración Estado está integrada por los funcionarios públicos designados para ocupar un empleo o cargo...”*, por *“La Administración pública desarrolla sus funciones propias y habituales a través de funcionarias y funcionarios públicos...”*.

III.- Servicios autónomos

El art. 113 de la propuesta reconoce la posibilidad de crear, por ley, servicios públicos técnicos funcionalmente autónomos o independientes. Se trata de una norma que parece reaccionar a un fenómeno que ha ocurrido en la práctica, como lo evidencian el Consejo para la Transparencia y el Instituto Nacional de Derechos Humanos, planteando algunas dudas que no son fáciles de responder con la Constitución vigente.

Reconocerlo puede ser útil para zanjar tales dudas y evitar la inflación de “autonomías constitucionales”. Al respecto, algunos breves comentarios:

a. Esta categoría obligaría a revisar qué pasa con algunos organismos autónomos que el Anteproyecto reconoce “nominativamente”, como el Consejo Nacional de Televisión (CNTV—art. 16 N° 14 e), el “órgano autónomo y especializado ...competente para promover y fiscalizar” el ejercicio del derecho a acceder, buscar, solicitar, recibir y difundir información pública (art. 16 N° 15) o el Servicio de Acceso a la Justicia y Defensoría de las Víctimas (art. 184).

Por tanto, estos órganos ¿deben regirse por estas normas especiales o no? En principio pareciera que no, pero si el propósito es estandarizar la regu-

lación de este tipo de órganos, como parece, debiesen quedar regidos por el art. 113.

b. Como el artículo 113 es parte del epígrafe “Bases Generales de la Administración del Estado” no se entiende que su apartado 3 señale que a los servicios autónomos “les serán aplicables las disposiciones que rigen a la Administración del Estado”, ya que parecería que por definición están dentro de esa categoría (y del ámbito de la ley institucional del art. 111.1). Incluir ese apartado parece decir lo contrario, por lo que debiera suprimirse.

c. Por último, es importante advertir que si bien esta categoría, aunque útil, no debiera generalizarse como hace la Iniciativa Popular N° 7.927, “Por un Estado sin pitutos”, al plantear que se aplique a los “servicios u organismos públicos técnicos con competencias para dictar normas de carácter general, fiscalizar actividades económicas esenciales y prestar servicios de utilidad pública”. De ser así el espacio decisional del gobierno democrático elegido quedaría excesiva e innecesariamente reducido, pues no se explica bien el vínculo que tendría el Gobierno con este tipo de organismos.

Para conjurar este riesgo, además de rechazar esa propuesta, convendría rephrasear el art. 113.1., de manera que disponga: “Podrán crearse servicios públicos técnicos funcionalmente autónomos o independientes, cualquiera sea su denominación, a través de una ley institucional”.

IV.- Obsolescencia del decreto de insistencia

Desde que la Ley de Reforma Constitucional N° 7.727, de 1943, dio rango constitucional a la Contraloría General de la República (CGR), se contempla en ella la figura del decreto de insistencia que, en síntesis, permite que cuando este organismo representa un acto, el/la Presidente/a de la República pueda forzar la toma de razón “insistiendo” a través de un decreto firmado por todo su Gabinete. Esta figura, sin embargo, ha pasado al desuso.

El último decreto de insistencia fue dictado por el Ejecutivo en 1990, de manera que no se aplica desde hace más de 33 años. Probablemente la razón más importante para explicarlo es que se trata de un mecanismo de fuerza que expone políti-

camente al Gobierno en exceso. Siendo así, no existe un contrapeso real a la potente facultad de “tomar razón”, cuestión que en no pocas ocasiones lleva a una verdadera “correglamentación” entre Ejecutivo y Contraloría.

Una opción para resolver el problema es eliminar el decreto de insistencia permitiendo, en cambio, elevar la controversia a la Corte Constitucional, opción que actualmente existe, pero solo para casos acotados en que no cabe la insistencia (como las representaciones por inconstitucionalidad).

Esto implicaría eliminar el apartado 2 del art. 190 (y cambiar el correlativo de los apartados siguientes), modificar su apartado 3 y alterar el art. 169 h) del Anteproyecto¹⁰⁰.

V.- Una propuesta adicional: carácter supletorio de las normas de este epígrafe para funciones administrativas en cualquier órgano del Estado

No resulta claro en el anteproyecto si el SERVEL, la CGR y el Banco Central son parte de la Administración del Estado.

100 Adicionalmente, se sugiere perfeccionar: (i) el art. 188.2 a), que dice que CGR “puede” tomar razón de los decretos y resoluciones, pues parece admitir una discrecionalidad indeseable; (ii) el art. 188.2 b), que restringe las facultades de CGR respecto de los “fondos del Fisco y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes”; sería preferible hablar de “fondos públicos, en conformidad a la ley” para que sea una competencia potencial más amplia (incluso sobre privados que reciban fondos públicos); y (iii) el art. 190.6 a), agregando al inicio “Sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente,...”. Esto, para evitar que en el futuro CGR pueda plantear contiendas de competencia alegando que la potestad de dictaminar es una competencia exclusiva.

Tampoco si lo serán el CNTV o el Servicio de Acceso a la Justicia y Defensoría de las Víctimas. Actualmente el tema no ofrece mucha dificultad, porque la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, una norma de rango orgánico constitucional (LOC), lo declaró así desde 1986 en el caso de la CGR y el BC (incluyendo a las FFAA, FFOO y las municipalidades), y así se desprendió de las leyes especiales supramayoritarias del CNTV y el SERVEL.

No es claro, en cambio, que esto ocurra de aprobarse el Anteproyecto porque las leyes institucionales no parece que vayan a tener la misma función que han tenido las LOC. Adicionalmente, el proyecto contempla órganos autónomos con naturaleza administrativa fuera del Capítulo de Gobierno y Administración (además del Servicio de Acceso a la Justicia y Defensoría de las Víctimas, los órga-

nos autónomos del Poder Judicial a que se refieren los arts. 157.1., 161, 162 y 163). Súmese a lo anterior la existencia de funciones administrativas en los órganos que no integran la Administración del Estado.

No tiene sentido que todos estos organismos tengan regulaciones especiales en materias administrativas, léase procedimiento, contratación, personal, responsabilidad, transparencia o presupuesto, por mencionar solo algunas, salvo que exista una justificación para ello, pero así resulta del texto propuesto pues cada uno tendría su propia ley institucional. De allí que se proponga un artículo adicional en este epígrafe (un artículo 114 bis, por ahora) que establezca el carácter supletorio de sus normas para el desempeño de funciones administrativas en cualquier órgano del Estado¹⁰¹. Esto contribuiría a dar seguridad jurídica y evitar disputas bizantinas.

¹⁰¹ “Las normas contempladas en este epígrafe se aplicarán supletoriamente al desempeño de funciones administrativas en cualquier órgano del Estado”.

REORDENACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL JURISDICCIONAL SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Por Víctor González¹⁰²

I.- Introducción

Dentro del capítulo sobre bases generales de la Administración del Estado del Anteproyecto de nueva Constitución, la Comisión Experta ha propuesto como norma referida al acceso a la jurisdicción respecto de actuaciones de la Administración del Estado, el artículo 114, el cual abarca en sus tres numerales, el derecho de las personas a reclamar judicialmente frente a una lesión en sus derechos e intereses, la posibilidad de impugnar actos administrativos contrarios al derecho a través de su declaración de nulidad, y el derecho de toda persona a ser indemnizada por los daños que sufra por falta de servicio imputable a la Administración.

Esta nueva estructura, que sienta las bases constitucionales del control jurisdiccional de las actuaciones de la Administración, da cuenta al menos de una reconfiguración, concretización y una ampliación en la definición de los supuestos establecidos en el artículo 38 de nuestra Constitución, tópicos que merecen ser abordados y comentados desde los planteamientos teóricos que envuelven cada

uno de sus apartados, pero que a efectos de acotar nuestro comentario, sólo nos centraremos en analizar en esta oportunidad los dos primeros numerales del artículo 114 propuesto en el borrador de Constitución, los cuales prescriben que:

“1. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos o intereses por un órgano de la Administración del Estado podrá reclamar judicialmente.

2. La nulidad de los actos administrativos contrarios a derecho podrá reclamarse en la forma y condiciones que establezca la ley. Sin perjuicio de las excepciones que señale la ley, la interposición de la acción no suspenderá la ejecución del acto impugnado salvo que mediere orden del tribunal competente”.

II.- Comentarios

La lectura de ambos numerales, nos lleva forzosamente a dirigir nuestra atención a la pregunta de cuál es el sistema de jurisdicción contencioso administrativo que se pretende establecer: si uno de carácter subjetivo dirigido a cautelar la afectación

¹⁰² Profesor del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Magíster en Derecho (c), con mención en Derecho Público, por la Universidad de Chile.

de derechos o intereses de las personas —como establece el numeral primero— o uno objetivo, centrado en la revisión de legalidad de la actuación administrativa —como establece aparentemente el segundo numeral—, o si más bien existe una intención consciente de recoger e intentar conciliar ambos sistemas en una misma norma. Lo cual puede tener como hipotética razón, buscar zanjar una cuestión que en nuestro ordenamiento jurídico no ha sido clara, y que ha llevado a nuestra doctrina y jurisprudencia a realizar esfuerzos conceptuales para tratar de arribar a una respuesta sistémica frente a la pregunta de si la jurisdicción contencioso administrativa chilena se centra necesariamente en la protección subjetiva de derechos e intereses o si pueden existir acciones de control objetivo de legalidad de la actuación formal de la Administración, donde puede importar o no, la concurrencia de una afectación específica de derechos e intereses.

De cualquier modo, resulta ser relevante abordar esta pregunta teórica, ya que permite precisar cuál es la finalidad perseguida en el control jurisdiccional de la actividad administrativa establecido en la propuesta y cuál deberá ser entonces el

objeto de la acción jurisdiccional general o específica que establezcan las leyes.

Conceptualizando brevemente, doctrinariamente se ha establecido que en los sistemas subjetivos “la actividad jurisdiccional se centrará en la protección de ciertas posiciones jurídicas subjetivas expuestas por las partes, las que se verían afectadas por una actuación de un órgano de la Administración del Estado” y en cambio, en los sistemas objetivos, *“la actividad del juez estará determinada por su labor de revisión de la legalidad de la actuación administrativa, independientemente que se encuentren comprometidos o no derechos y/o intereses legítimos de personas determinadas”*¹⁰³. En otras palabras, en un sistema subjetivo, el juez se centrará en averiguar si ha existido una lesión jurídica en los derechos de los sujetos, esto es, un *“perjuicio en los derechos del individuo ocasionado por una medida administrativa ilegal”*¹⁰⁴ y en el sistema objetivo la labor del juez será tutelar o controlar la legalidad del acto administrativo impugnado pudiendo declarar su nulidad cuando concurra un vicio de legalidad en contravención a la ley¹⁰⁵.

Por su parte, dicha distinción entre ambos sistemas ha sido recogida por nuestra

¹⁰³ FERRADA, Juan Carlos. El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. En: Revista de Derecho Vol. XXV N°1 junio 2012. Pág. 105.

¹⁰⁴ González-Varas, S. La Jurisdicción contencioso administrativa en Alemania, Civitas, Madrid, p.89.

¹⁰⁵ Ob Cit. Ferrada., Pág. 108.

jurisprudencia a partir de la separación clásica entre el “recurso por exceso de poder” -objetivo- y el “recurso de plena jurisdicción” -subjetivo- desarrollado por el derecho francés. Esta última, se denomina de “plena jurisdicción” por cuanto el tribunal puede hacer todo lo que corresponda, para declarar un derecho a favor de un particular, incluso pronunciar la nulidad de un acto, pero, sólo con el propósito de declarar un derecho, teniendo por lo tanto la nulidad, efectos relativos al juicio en que se pronuncia, en cambio, el “recurso por exceso de poder”, o acción de nulidad propiamente tal, tiende a obtener la anulación de un acto administrativo, con efectos generales, “erga omnes”, y no requiere necesariamente de un derecho subjetivo lesionado, bastando para tener legitimación, poseer un interés legítimo en la anulación.

Así, y desde las finalidades de ambos mecanismos de control jurisdiccional se buscó establecer la necesaria distinción entre las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquéllas que miran la obtención de algún derecho en favor de un particular¹⁰⁶.

Tomando como referencia lo anterior y mirando ahora la redacción del artículo

114 del borrador de nueva Constitución es posible al menos en esta etapa preliminar realizar los siguientes comentarios.

1.- A diferencia de nuestra actual Constitución, el Anteproyecto consagra un sistema de control jurisdiccional contra actos de la Administración centrado tanto en la lesión de derechos e intereses de las personas (subjetivo), como en la nulidad del acto contrario a derecho (objetivo).

En primer lugar, hay que puntualizar que ambos sistemas de control jurisdiccional de la Administración no son necesariamente excluyentes dentro de un ordenamiento jurídico (pudiendo incluso subjetivarse sistemas que se pensaron orgánicamente como objetivos)¹⁰⁷, siendo coexistentes entonces ambos sistemas, dependiendo de la orientación subjetiva u objetiva que tengan los procedimientos de impugnación (generales o especiales) que establezca el legislador respecto de actos de la Administración.

Lo que sí es cierto, es que la opción que tome el constituyente en relación al reconocimiento constitucional de un control judicial objetivo o subjetivo va a definir la preeminencia de un sistema respecto de

¹⁰⁶ En este sentido, fallo Excma. Corte Suprema Rol 3237-2007 y Rol 14.910-2016.

¹⁰⁷ Como ocurrió en el caso italiano o español. En este sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista”, en Revista de Administración Pública, N° 152, mayo agosto 2000, pp. 98 a 105.

otro, sea en términos sistémicos o como mandato general que deberá irradiar a todo mecanismo de control judicial contencioso Administrativo. Bueno, en este caso, la propuesta reconoce a nivel constitucional ambos sistemas en el mismo artículo, hecho inédito en nuestra tradición jurídica.

a) En este sentido, se ha afirmado por buena parte de la doctrina que nuestro país cuenta con un modelo subjetivo de justicia administrativa, el cual descansa en la idea de “lesión de derechos” de acuerdo a lo prescrito en el inciso 2° del artículo 38 de la Constitución y sobre la cual debiese erigirse todo nuestro sistema de impugnación de actos administrativos¹⁰⁸.

Esta afirmación deja siempre subsistente el problema en relación a qué ocurre con aquellas acciones jurisdiccionales impugnatorias de actos administrativos por ilegalidad, sin que se requiera la existencia de una lesión de derechos¹⁰⁹, como así también el problema de la legitimación activa cuando no se es titular de un derecho subjetivo, y se tiene más bien un “interés legít-

timo” que deberá ser acreditado ante el juez.

b) Estas problemáticas, se verían al menos constitucionalmente superadas conforme lo prescrito en el Anteproyecto de nueva Constitución, ya que admite la existencia de acciones jurisdiccionales subjetivas y objetivas contra actos administrativos dependiendo de las finalidades que persiga y que definirá el legislador.

De este modo, en caso de ser aprobada la norma en los términos propuestos, no alteraría -a nuestro juicio- el carácter subjetivo de la mayoría de los procedimientos contenciosos administrativos especiales existentes, los cuales siempre requieren de una legitimación activa específica para accionar en defensa de posiciones jurídicas subjetivas en el caso concreto ante un juez.

A su vez, permitiría reencauzar el correcto sentido de las acciones de nulidad contra actos administrativos ilegales en clave de recurso por exceso de poder, en las cuales se busca la nulidad del acto por la concurrencia de un vicio de ilegalidad concreto, acciones que deben estar es-

¹⁰⁸ En este sentido el profesor Juan Carlos Ferrada, en: FERRADA, op. cit., pág. 116 y el profesor Luis Cordero, en CORDERO, L., Procedimientos administrativos y la jurisdicción contenciosa administrativa”, en Ferrada, J. C. (coord.), La Justicia Administrativa, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, pp. 309-310.

¹⁰⁹ Como sería el caso del reclamo de ilegalidad municipal y regional que permiten la impugnación del acto por cualquier particular, por afectación del “interés general” de la comuna o región.

tablecidas por ley, que en general sólo requieren acreditar un interés legítimo mínimo y que por su naturaleza están sometidas a plazos breves de prescripción¹¹⁰.

De esta forma, y a partir de la norma propuesta, se podría configurar un sistema de control jurisdiccional de actos de la Administración que defina y armonice el *contencioso administrativo de nulidad o por exceso de poder*, delimitando su legitimación y vicios de nulidad; *el contencioso administrativo de plena jurisdicción*. Así, se buscará el restablecimiento de un derecho afectado, pudiendo establecer medidas concretas para proteger o restablecer una situación jurídica específica, y de ser necesario, la nulidad del acto total o parcial; y el establecimiento de un *contencioso administrativo cautelar*, que permita al juez establecer medidas cautelares conservativas o innovativas¹¹¹ que impidan que el derecho cuyo reconocimiento o despliegue se está litigando, pierda su virtualidad o eficacia mientras dura el proceso de impugnación¹¹². Ciertamente, hoy el recurso de protección abarca —quizás de manera desbordada— las últimas dos fórmulas mencionadas, transformándose hoy en nuestro gran

contencioso administrativo contra actos de la Administración.

2.- La propuesta de norma establece una remisión normativa a regular la forma y condiciones para ejercer la acción de nulidad contra actos administrativos ilegales y consagra constitucionalmente principios como la insusceptibilidad, ejecutoriedad y ejecutividad de los Actos Administrativos

Respecto de la acción contencioso administrativa de nulidad objetiva, la norma propuesta establece una remisión normativa a que dicha reclamación respecto de actos contrarios a derecho deberá hacerse en la forma y condiciones que establezca la ley, es decir, será de resorte del legislador, establecer el procedimiento y alcance de dicha impugnación.

Como sabemos, nuestro control jurisdiccional general denominado nulidad de derecho público, —ante la ausencia de regulación legal— ha sido modelado por la doctrina y jurisprudencia como una acción jurisdiccional constitucional dirigida a obtener *“la sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado en los que faltan algu-*

¹¹⁰ En este sentido, fallo de la Excm. Corte Suprema Rol 94196-2020.

¹¹¹ Tal como ocurre en el artículo 24 de la ley 20.600

¹¹² CORDERO, Luis (2015), *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2º Edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters. Pág. 618-620.

nas de las exigencias que el ordenamiento requiere para su existencia y validez”¹¹³, exigencias que se traducen en acreditar la concurrencia de alguno de los vicios de legalidad establecidos en el artículo 7° de la Constitución y que la jurisprudencia ha ido ampliando interpretativamente a vicios tales como la violación de ley y desviación de poder¹¹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, siempre subsisten y reflotan una serie de interrogantes en relación a los contornos de dicha acción ante la ausencia de una ley que la regule, resultando ser positivo en este punto que se mandate a la ley a establecer ciertas definiciones que puedan abordar cuestiones fundamentales, tales como: su *naturaleza jurídica* —por ejemplo, definir si sólo será declarativa o podrá establecer medidas restitutorias dependiendo del caso—; *causales de concurrencia* —más allá del artículo 7° de la Constitución—; *efectos de la declaración de nulidad* —ámbito fuertemente debatido—; *plazos de prescripción* —cuestión que la jurisprudencia no ha resuelto hasta el día de hoy, más allá de reconocer la prescripción de los efectos patrimoniales de la acción de nulidad—; *legitimación activa* —preci-

sando quien tiene interés y reconociendo espacios de acción popular acotados—; y definiendo ciertos supuestos en relación a los *efectos de la nulidad* respecto del acto administrativo anulado, ya que no da lo mismo anular un acto singular, que uno de carácter general o normativo, siendo el caso más conflictivo que se ha presentado, la posibilidad de declarar la nulidad de reglamentos.

3.- La norma propuesta amplía expresamente la legitimación de la reclamación judicial no sólo frente a una lesión de derechos sino también de “intereses”.

Esta ampliación de la esfera jurídica contemplada en el inciso 2° del artículo 38 de la Constitución, viene en reconocer dos posiciones jurídicas distintas en relación a la legitimación activa respecto de cualquier acción contenciosa administrativa, lo cual responde a nuestro juicio al desarrollo jurisprudencial¹¹⁵, como así también al reconocimiento normativo de ambos supuestos en nuestra ley de procedimiento administrativo¹¹⁶ y el uso de terminologías que relacionan la legitima-

¹¹³ Fallo Excma Corte Suprema Rol N°41724-2017, considerando 7°.

¹¹⁴ En este sentido, fallos de la Excma Corte Suprema Rol 19272-2018, Rol n.º 34277-2017, Rol n.º 82459-2016; Rol n.º 41987-2017, Rol n.º 29535-2018.

¹¹⁵ A modo de ejemplo, fallo Excma Corte Suprema Rol N°5553-2007 y 1428-2007

¹¹⁶ Artículo 21 ley 19.880.

ción con la idea de “interesados”, “agraviados” o “afectados” que reconocen la mayoría de los contenciosos administrativos especiales existentes¹¹⁷.

Así, esta extensión a los “intereses”, viene a resolver cualquier discusión en relación a la legitimación activa en nuestro sistema de control jurisdiccional de la Administración respecto de quien, sin tener un derecho subjetivo, si tiene un “interés legítimo” lesionado por un acto Administrativo, posicionándose la norma propuesta en la misma línea del derecho comparado presente en países como Italia o España, que configuran la habilitación para accionar sobre la base de “derechos subjetivos” e “intereses legítimos”, esta última, siendo interpretada de manera bastante amplia, permitiendo un control más laxo de la actividad administrativa.

Lo paradójico, es que siendo ambas posiciones jurídicas distintas, nuestra jurisprudencia cuando ha definido el interés legítimo, no lo ha hecho en términos necesariamente amplios, sino más bien restringiéndolo y acercándolo al concepto de derecho subjetivo¹¹⁸. Según nuestro alto tribunal, se requiere un *“interés cualificado en la anulación de que se trata,*

*porque el interés que la acción exige deber legítimo, personal y directo, esto es, el titular debe encontrarse frente al acto que infringe el principio de legalidad, en una especial situación de hecho que el ordenamiento jurídico ampara y que le afecta en su esfera personal de manera directa y determinante, lesionando un derecho como señala el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política”*¹¹⁹.

Aunque fallos recientes han señalado en un sentido más laxo que *“debe existir una vinculación mínima entre quién acciona y el objeto del juicio, que es lo que determina la existencia del interés legítimo (...). Es decir, debe existir un grado de conexión entre el interés que aduce el actor y las ilegalidades que se reclaman”*¹²⁰, todo lo anterior, sin perjuicio de la amplísima legitimación con que cuentan las personas cuando accionan por la vía de protección de derechos fundamentales, análisis que escapa a este breve comentario de la norma.

Por último, cabe hacer notar sobre este punto que no queda claro lo que parece pretender el artículo 114.2 en relación al artículo 9.3 que establece la Nulidad de Derecho Público constitucional y centrada en acreditar la concurrencia de

¹¹⁷ A modo de ejemplo, la Ley N° 18.168), Ley N° 19.886, Ley N° 19.638, Ley N° 18.410 y Ley N° 19.175).

¹¹⁸ En este sentido: FERRADA, Bórquez, J. “Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo: una jurisprudencia interesante, pero inconsistente”, en Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2010, pp. 189-205.

¹¹⁹ Fallo Excma Corte Suprema, Rol 1428-2007.

¹²⁰ Fallo Excma Corte Suprema Rol 94.196-2020.

vicios externos o internos del Acto Administrativo para declarar su ilegalidad, pero sin entregar luego el artículo 114.2 una regla o distinción en relación a la legitimación para ejercer este tipo de acción. Por ello, quizás sea conveniente realizar un ajuste en dicha norma sobre este punto para evitar cualquier problema interpretativo y de conciliación entre ambas normas, es decir, entre aquella que consagra la acción constitucional y la que llama luego a establecer la forma y condiciones para ejercerla.

“FUERZAS ARMADAS”, “FUERZAS DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA” Y “DISPOSICIONES GENERALES”

Por Sebastián Salazar Pizarro¹²¹

I.- Primeras aproximaciones

El presente informe tiene como finalidad formular comentarios al articulado propuesto en el anteproyecto de la Comisión Experta respecto a la regulación de las funciones constitucionales de las instituciones castrenses y policiales, es decir, la Fuerza Pública y el ejercicio del monopolio exclusivo en el uso de la fuerza estatal. Para lograr tal objetivo, se analizarán primeramente las normas sobre las Fuerzas Armadas (FFAA), y, en segundo lugar, las referidas a las Fuerzas de Orden y Seguridad (FFOO).

En este sentido, es importante recordar que, en el proceso constitucional en curso, el artículo 154 N° 10 del texto vigente dispone que: “10. Chile consagra constitucionalmente con subordinación al poder civil la existencia de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad, con mención expresa de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile.” De esta manera, la Comisión Experta contaba con un mandato claro y expreso como límite a su acción, el cual

fue respetado satisfactoriamente por los comisionados expertos en vista del articulado propuesto.

Al respecto, la primera decisión adoptada por la Comisión Experta fue la ubicación geográfica de esta materia, considerándose como la primera divergencia en esta instancia. Un sector de los comisionados expertos sostuvo que su regulación debía quedar en un capítulo especial, de forma similar a la Constitución vigente. Otros comisionados expertos expusieron que este articulado debía quedar dentro del capítulo del Poder Ejecutivo (capítulo V Gobierno y Administración del Estado). En la 3ª sesión plenaria de la Comisión Experta se definió la estructura constitucional, primando la segunda alternativa por no lograrse el quórum respectivo.

Esta definición no es baladí, pues en el fondo de esta divergencia se encuentran dos aspectos relevantes de indicar. Primero, se retorna a la tradición constitucional nacional sobre la materia, ante el rol inédito entregado a los cuerpos armados en el texto original de la Constitución de 1980 como garantes de la institucional-

¹²¹ Coordinador académico Núcleo Constitucional UAH y académico del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Investigador asociado del Centro Interdisciplinar de Políticas Públicas de la Universidad Alberto Hurtado. Máster Universitario en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid.

dad, el cual venía asegurado mediante la articulación de cuestionados niveles de autonomía normativa político institucional y operativa funcional que modelaron las relaciones cívico-militares durante la transición democrática. Segundo, se hace cargo de todo el proceso de reformas constitucionales (principalmente aquellas del año 2005) y modificaciones normativas posteriores que se han desarrollado en el sector defensa y seguridad, tendientes a fortalecer la subordinación del poder militar al poder civil electo democráticamente, así como de separar las funciones de los cuerpos armados en el cumplimiento de sus mandatos constitucionales¹²².

Por último, el artículo 121 del anteproyecto dispone la norma que entrega al Estado el monopolio indelegable del uso de la fuerza, la cual se ejercerá a través de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y de Seguridad Pública en términos similares al artículo 103 del texto vigente. La innovación en este punto corresponde al numeral 2 de este artículo, en el que se establece un mandato de reserva legal que entregue los marcos o criterios para el uso o empleo de la fuerza pública.

II.- Fuerzas Armadas

El epígrafe respectivo a las FFAA contiene tres artículos exclusivos. A su vez, el capítulo XI del texto vigente contiene cinco artículos en los que se intercalan normas para estas y para las FFOO.

1.- Lo que se mantiene

El artículo 115 establece los elementos centrales de la regulación constitucional de las FFAA. En primer lugar, se individualizan las ramas castrenses acorde con el desarrollo de la historia nacional: Ejército, Armada y Fuerza Aérea. Así como su dependencia al ministerio a cargo de la defensa nacional.

En los numerales 3 y 4 consagran se establecen otros elementos que permiten sostener la consagración constitucional de los fundamentales principios de subordinación al poder civil y no deliberación. En primer lugar, se indican las características propias de las FFAA como cuerpos armados profesionales, jerarquizados y disciplinados. En segundo lugar, se consagran las inhabilidades para participar en

¹²² Para el sector defensa nacional, se destacan la Ley 20.424, del Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional; y la Ley 21.174, que establece el mecanismo de financiamiento de las Capacidades Estratégicas de la Defensa Nacional, la cual se realiza a la Ley 18.949, ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas, principalmente. Para el caso de la seguridad pública, se destacan la Ley 20.502, que crea el Ministerio del Interior y Seguridad Pública; y la Ley 21.427, que Moderniza la Gestión Institucional y Fortalece la Probidad y la Transparencia en las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, cuerpo legal que modifica a la Ley 18.961, ley orgánica constitucional de Carabineros, y al decreto ley 2.460, ley orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile.

actividades políticas, gremiales de todo tipo y sindicales. Esta materia debe vincularse con el artículo 16 numerales 17 y 26 que consagrarían el derecho de asociación y la libertad sindical, en el que se establecen límites a los funcionarios militares para pertenecer a partidos políticos y sindicatos, así como también prohibir el ejercicio de la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga.

Se establece en el numeral 5 el mandato de reserva de ley institucional para regular diversas materias, en términos similares a la segunda parte del inciso primero del artículo 105 de la Constitución vigente.

El artículo 116 aborda dos materias que contiene la constitución vigente. El primer numeral se refiere a la incorporación a las plantas y dotaciones de las Fuerzas Armadas solo podrá hacerse a través de sus propias Escuelas, en términos similares al actual artículo 102 del texto vigente. El segundo numeral versa sobre los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas, se efectuarán por decreto supremo, en conformidad a la ley institucional. La innovación radica en la eliminación de las leyes orgánicas constitucionales que contiene el texto vigente en el inciso primero del artículo 105, pero manteniendo el mismo sentido respecto a la Constitución actual.

Por último, los numerales 2 y 3 del artículo 117 disponen la fórmula de nom-

bramiento de los Comandantes en Jefe Institucionales por un periodo de cuatro años, manteniéndose la regla de elección del Presidente de la República del artículo 104 vigente, es decir, elección dentro de las primeras cinco máximas antigüedades de la rama castrense. Además, se contempla la llamada a retiro anticipado de dichas autoridades por parte del Jefe de Estado mediante un decreto supremo fundado.

2.- Lo que se innova

En el artículo 115 numerales 1 y 2 encontramos innovaciones sustantivas y formales respecto a las funciones constitucionales primarias, así como labores secundarias o de colaboración, entregadas a las ramas castrenses. En el primer caso, se individualizan las funciones propias o características del sector defensa, como son: la defensa de la soberanía, de la independencia y de la integridad territorial. De esta manera, se desglosan las funciones de las ramas castrenses y se diferencia del señalamiento genérico que efectúa la constitución vigente al referirse a la defensa de la patria.

Un aspecto problemático sobre esta materia corresponde a la persistencia de la seguridad de la Nación como una de las funciones constitucionales de las FFAA. Se debe considerar en este aspecto el desuso y/o superación del concepto en el

articulado propuesto en el anteproyecto (artículo 11 se refiere a la seguridad de la población), en vista de la mayor especificación de las funciones de la defensa nacional o la seguridad exterior (artículo 92.1), y por la carga valórica que dicho concepto trae aparejado. En el artículo 101 de la Constitución actual se señalan que las ramas son esenciales para la seguridad nacional, vinculándose con el artículo 5º que prescribe que la soberanía recae en la Nación y su ejercicio lo realiza el Pueblo. Sin embargo, el artículo 4.1 del anteproyecto establece que la soberanía reside en el pueblo, de acuerdo con lo acordado en la base del proceso constitucional consagrada en el artículo 154 N° 1 del texto vigente, y lo adoptado en el Acuerdo por Chile. **Por tanto, se propone la eliminación de la frase “, de la seguridad de la Nación” del mencionado artículo 115.1.**

Sobre las labores secundarias de las FFAA, contenidas en el punto 2, la propuesta del anteproyecto se refiere a la colaboración de éstas “en situaciones de emergencia y catástrofes nacionales, en el resguardo de las fronteras del país y en la cooperación internacional en operaciones de paz según el derecho internacional”. La propuesta constitucionaliza una

serie de modificaciones legales en el que se atribuyen nuevas funciones a las ramas castrenses como es el caso de la participación en operaciones de paz, la prevención y respuesta por desastres y el resguardo de los recintos eleccionarios, esto último según lo dispuesto en el artículo 41.5 del anteproyecto. Todas estas funciones de colaboración, que son ejemplos concretos de las diversas actividades que realizan las FFAA en operaciones humanitarias no militares, han sido aprobadas por leyes por parte del sistema político y han permitido el despliegue de fuerzas de tierra, mar y aire bajo mando conjunto durante las últimas décadas, contando con una alta y positiva valoración nacional e internacional¹²³.

Sin embargo, también se constitucionalizan ciertas funciones de las FFAA en el que se confunden con labores propias de las FFOO en materias de control del orden público y la seguridad interior, como el caso del resguardo fronterizo. En este sentido, esta parte de la propuesta abre la puerta a un proceso de militarización de funciones de orden público y la consagración constitucional de una política pública en la defensa nacional como es el caso de la polivalencia.

¹²³ Artículo 15 y siguientes de la Ley N° 21.364, que establece el Sistema Nacional de Prevención y Respuesta ante Desastres, sustituye la Oficina Nacional de Emergencia por el Servicio Nacional de Prevención y Respuesta ante Desastres, y adecúa normas que indica, y la Ley N° 19.067, que establece normas permanentes sobre entrada de tropas extranjeras en el territorio de la Republica y salida de tropas nacionales del mismo.

Este aspecto se complejiza con lo dispuesto en el artículo 122 del anteproyecto, que consagra el resguardo de infraestructura crítica por parte de las FFAA en tiempos de normalidad constitucional, articulándose como una figura intermedia y eventualmente permanente de excepcionalidad constitucional en el que se mezclan las funciones de seguridad exterior y seguridad interior. Además, implican un desafío importante para las instituciones castrenses en la planificación y preparación de los medios militares empleados, en funciones que son ajenas a su función constitucional primaria. **Por tanto, se propone que lo referente a la atribución presidencial de decretar el resguardo de la infraestructura crítica se trasladen al presente epígrafe, pero no como un nuevo estado de excepción constitucional, sino como una figura intermedia sometida a los controles formales y materiales que el anteproyecto contiene.** De esta manera, se busca no normalizar una actividad o incapacidad estatal, de carácter extraordinaria y coyuntural, dentro de un marco normativo y una práctica político institucional ya consolidada en nuestro país.

Otra alternativa plausible sobre la materia consiste en mantener la regulación propuesta en el capítulo de Gobierno y Administración del Estado del empleo de los medios militares para el resguardo de la infraestructura crítica, pero haciendo remisión expresa a los criterios formales

y materiales contenidos en el epígrafe de los Estados de Excepción Constitucional.

Es decir, en primer lugar, vincular lo prescrito en el artículo 122.4, respecto a las prórrogas y rendición de cuentas de las medidas adoptadas, con el artículo 35 las materias a regular por la ley institucional correspondiente sobre mecanismos de información de medidas adoptadas. En segundo lugar, lo prescrito en el artículo 34, relativo al rol del Oficial General al mando de los medios empleados de actuar de conformidad a la ley con las autoridades, en vista del control del orden público que se realice en normalidad constitucional. Por último, el artículo 37, el cual establece el mandato al Presidente de la República y al Congreso Nacional, según corresponda en las renovaciones, de considerar los principios de proporcionalidad y necesidad como criterios materiales de consideración en la toma de sus decisiones.

Este comentario se realiza en el sentido de que esta atribución exclusiva, mal utilizada por los gobiernos de turno, puede aumentar los riesgos de abuso de poder y de lesionar el ejercicio de los derechos fundamentales en contextos de degradación institucional y democrática como los que experimenta el país en la actualidad, sin los debidos mecanismos de controles y contrapesos, llevándonos a escenarios de autoridades que ejerzan en poder de manera iliberal o autoritaria.

El artículo 117 establece el rol del Presidente de la República en el sector de defensa, así como la fórmula de nombramiento y remoción de los Comandantes en Jefe Institucionales. En primer lugar, este artículo debe relacionarse con las atribuciones exclusivas del Presidente sobre la materia, establecidas en el artículo 102 literales ñ) y o), sobre disponer las fuerzas de aire, mar y tierra y de conducir la defensa nacional y asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las FFAA.

La innovación en este aspecto corresponde a la atribución exclusiva nueva de conducción de la defensa nacional que se consagra al Presidente de la República, la cual viene a consolidar el proceso de fortalecimiento de las autoridades civiles electas democráticamente en el que se centralizan en la citada magistratura su liderazgo a nivel político y estratégico de las principales definiciones sobre la seguridad exterior y la defensa nacional. Así, se sigue el estándar general utilizado a nivel comparado sobre el tratamiento de las relaciones cívico-militares por parte de las democracias constitucionales.

En segundo lugar, sin embargo, persiste la referencia a la **jefatura suprema de las FFAA** solo en casos de guerra externa o interna. Este aspecto es problemático por dos razones. En primer lugar, esta regulación desconoce el amplio consenso que existe a nivel comparado sobre la jefatura suprema o comandancia en jefe

del Jefe de Estado de un país sobre sus instituciones armadas. De la revisión del Constitutional Project, **se encuentran referencias similares en 163 constituciones del mundo**, correspondientes a países de todos los continentes, tradiciones políticas y jurídicas, etc. En segundo lugar, resuelve la situación de indefinición, a nivel normativo y de forma expresa, de la relación entre el poder civil representado por el Presidente de la República, como Jefe de Estado y como Jefe de Gobierno, para ejercer el mando supremo de las Fuerzas Armadas tanto en tiempos de paz como de excepcionalidad constitucional, más allá de la situación de guerra externa que se contempla actualmente. **Por tanto, se recomienda la consagración de esta atribución en el articulado que el Consejo Constitucional proponga a la ciudadanía.**

III.- Fuerzas de Orden y Seguridad Pública

El epígrafe respectivo a las FFOO contiene tres artículos exclusivos. A su vez, el capítulo XI del texto vigente contiene cinco artículos que se intercalan normas para estas y para las FFAA.

1.- Lo que se mantiene

El artículo 118 establece los elementos centrales de la regulación constitucional de las FFOO. En primer lugar, se individualizan a las policías acorde con el desarrollo de la historia nacional: Carabineros y la Policía de Investigaciones, así como su dependencia al ministerio a cargo de la seguridad pública. Además, se conservan las funciones constitucionales del texto vigente en el artículo 101 inciso segundo, a saber, dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior.

En los numerales 3 y 4 del citado artículo, se establecen otros elementos que permiten sostener la consagración constitucional de los fundamentales principios de subordinación al poder civil y no de liberación. En primer lugar, se indican las características propias de las FFOO como cuerpos armados profesionales, jerarquizados y disciplinados. En segundo lugar, se consagran las inhabilidades para participar en actividades políticas, gremiales de todo tipo y sindicales. Esta materia debe vincularse con el artículo 16.26 que establece el derecho a la libertad sindical, en el que se establecen límites a los funcionarios militares para el ejercicio de la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga.

Se establece en el numeral 5 el mandato de reserva de ley institucional para

regular diversas materias, en términos similares a la segunda parte del inciso primero del artículo 105 de la constitución vigente.

2.- Lo que se innova

La principal y más sustantiva innovación corresponde a la superación del estándar de equiparación militar de Carabineros con las FFAA, como uno de los elementos más problemáticos que el texto vigente contempla. Bajo la misma lógica, con la separación formal y material de funciones entre la seguridad exterior e interior, la regulación de las FFOO implica un fortalecimiento institucional favorable a la Policía de Investigaciones, quedando dicha normativa en términos similares a Carabineros.

En el artículo 118 número 2, se proponen como labores secundarias de las FFOO colaborar en situaciones de emergencia y catástrofes nacionales. Esta referencia es redundante, toda vez que las citadas actividades son propias de la función constitucional primaria consistente en “garantizar el orden público”, las cuales se pueden realizar en normalidad o excepcionalidad constitucional. **Por tanto, se propone la eliminación de este numeral por las razones expuestas.**

En los numerales 3 y 4 del artículo 118 se consagran elementos que permiten sostener la consagración constitucional

de los fundamentales principios de subordinación al poder civil y no deliberación. En primer lugar, se indican las características propias de las FFOO como cuerpos armados profesionales, jerarquizados y disciplinados. En segundo lugar, se consagran las inhabilidades para participar en actividades políticas, gremiales de todo tipo y sindicales. Esta materia debe vincularse con el artículo 16.26 que establece el derecho a la libertad sindical, en el que se establecen límites a los funcionarios militares para el ejercicio de la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga.

Se establece en el numeral 5 del artículo 118 el mandato de reserva de ley institucional para regular diversas materias, en términos similares al artículo 105 de la constitución vigente.

El artículo 119 dispone la fórmula de nombramiento del General Director de Carabineros por un período de cuatro años, manteniéndose la regla de elección del Presidente de la República del artículo 104 vigente, es decir, elección dentro de las primeras cinco máximas antigüedades de la institución policial. Para el nombramiento del Director General de la Policía de Investigaciones, se eleva a rango constitucional la disposición contenida en su

ley orgánica constitucional, en la que se elige dentro de las primeras ocho máximas antigüedades. Además, se contempla la llamada a retiro anticipado de dichas autoridades por parte del Jefe de Estado mediante un decreto supremo fundado. En este sentido, y a efectos de asegurar adecuadamente la subordinación al poder civil, **se propone cambiar el orden de las redacciones de los numerales 2 y 3, a efectos de que comiencen ambas fórmulas de nombramiento con el Presidente de la República, en su condición de Jefe de Estado y de Gobierno.**

Por último, el artículo 120 se refiere, en primer lugar, a la incorporación a las plantas y dotaciones de las FFOO solo podrá hacerse a través de sus propias Escuelas, en términos similares al actual artículo 102 del texto vigente. El segundo numeral versa sobre los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las policías, se efectuarán por decreto supremo, en conformidad a la ley institucional. La innovación radica en la eliminación de las leyes orgánicas constitucionales que contiene el texto vigente del artículo 105, pero manteniendo el mismo sentido respecto a la Constitución actual.

Por Romina Rodríguez Menadier¹²⁴

I.- Introducción

El presente comentario encomendado a quien escribe las siguientes breves líneas, da cuenta de las fortalezas y/o debilidades respecto al anteproyecto constitucional creado por la Comisión Experta en Chile- que salió a la luz y fue puesto a disposición, en junio del año 2023, como sugerencias para quienes escribirán el definitivo texto de nueva constitución-, y muy específicamente, en lo relativo a los **mecanismos de resolución de conflictos** que se conocen por los **alternativos** de acceso a la justicia, para todas aquellas personas (que en definitiva se les considera partes de una situación de conflicto) a quienes se les sugiere o prefieren evitar un proceso en sede judicial ante los tribunales de nuestro país, en sus distintas instancias jerárquicas.

En un primer término, es importante la comprensión de la voz conflicto que, si bien no se define en algún cuerpo nor-

mativo nacional, podemos comprenderla —sin perjuicio de las distintas acepciones o significados emitidos por grandes catedráticos al respecto—, como aquellas disputas o divergencias en donde coexisten una contraposición entre al menos 2 o más personas, debido a posiciones diferentes versus los intereses o necesidades que tienen en común, encontrándose ellas en todas las situaciones de vida del ser humano. Siguiendo al profesor, abogado y psicólogo Josep Redorta¹²⁵, es incluso más difícil su definición única por la cantidad de disciplinas que pueden involucrarse: *“Preguntarse por las fuentes del conflicto es adentrarse primero en la filosofía, la religión y cuantas opiniones existen que pretendan dar cuenta de a qué razón responde el ser humano. En tanto que somos incapaces de responder respecto al conflicto central, es decir, el existencial el qué somos y qué significado tiene la vida, se hace difícil identificar los orígenes de los conflictos.”*¹²⁶.

¹²⁴ Profesora del Departamento de Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Master of Jurisprudence in Children’s Law and Policy por la Loyola University.

¹²⁵ Redorta es abogado, psicólogo social y mediador. Es además árbitro del Tribunal Laboral de Catalunya y miembro de la Corte Europea de Arbitraje.

¹²⁶ REDORTA, Josep. (2004). *Cómo analizar los conflictos: la tipología de los conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona: Paidós, pág. 34.

Así, y citando nuevamente a Redorta, el profesor Gerson Ayala¹²⁷, de la Universidad de Pamplona, menciona que *“En el estudio de Redorta, es de vital importancia tener en cuenta el elemento de los ciclos —que se relacionan con el factor tiempo—, los cuales se pueden analizar en tres procesos: escalada, desescalada y estancamiento. El ciclo del conflicto al igual que otras esferas del conflicto ha tenido una gran participación de diversos autores, lo que señala que, para algunos, este modelo se representa visualmente de forma llámese circular, lineal, helicoidal y espiral, pero finalmente con el mismo sentido. Un ciclo marcado por el tiempo.”*¹²⁸.

Encuadrando así, lo que debemos al menos de manera general entender por conflicto, será relevante entonces el aporte al análisis específico de 3 artículos al respecto sobre los mecanismos alternativos para resolver las disputas o diferencias (conflictos) señalados por la Comisión Experta para el anteproyecto constitucional, estos son: el art. 16 n° 6, el art. 153 n° 3 y el art. 156 n° 8, que hace referencia directamente al segundo de estos tres articulados.

II.- Comentarios al art. 16 n° 6 del anteproyecto y posibles discusiones a abordar al respecto en circunstancias de redacción de la propuesta final

El Capítulo II, titulado de los “Derechos y Libertades Fundamentales, Garantías y Deberes Constitucionales”, la cual tiene como subtítulo “De los derechos y libertades fundamentales”, menciona en su articulado 16 n° 6, lo siguiente: **“La Constitución asegura a todas las personas: 6. El acceso a la justicia, con el objeto de que sus derechos sean amparados de manera efectiva. Esto comprende la información y los medios necesarios para ejercerlos; la existencia de servicios legales y judiciales, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y la adopción de las medidas necesarias que permitan su realización”**.

Sin duda, dentro de las fortalezas importantes de esta norma, es el hecho real de especificar a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos dentro de los derechos y libertades fundamentales, dando entonces a ellos un escenario de alta relevancia para todos los ciudadanos del país frente a un Estado de derecho y democrático que debe ser sin duda, protector. Sin perjuicio de ello, ¿cómo asegu-

¹²⁷ Ayala es abogado, y magister en paz, desarrollo y resolución de conflictos. Miembro del Grupo de Investigación PAZCODE, Universidad de Pamplona.

¹²⁸ AYALA, Gerson. Análisis del conflicto ya la mediación como método de resolución: Redorta y Moore. En Revista Academia & Derecho 4 (7) (79-106) Julio- Diciembre 2013, pág. 85.

ramos la real ejecución y garantía de la utilización de estos mecanismos como la mediación o arbitraje? Entendemos que ello se llevará a cabo, en cuerpo normativo específico a posteriori de aprobación del anteproyecto, que desde ya es necesario crear.

Por otra parte, observamos como primera debilidad al artículo en cuestión, que de una u otra forma deja al arbitrio o subjetividad de todas y todos los ciudadanos de Chile, en el sentido de considerar “todo” como una situación de conflicto al no ejemplificar las materias que en definitiva pueden o deben considerarse y, que debiesen ir encaminadas desde el acceso a la justicia a resolverse por alguno de los mecanismos de resolución de conflictos alternativos a la sede judicial, como lo es la mediación, el arbitraje, la negociación y conciliación. Es más, y como segunda observación, respecto a estos dos últimos métodos como lo son la negociación y la conciliación, en ningún sentido se señalan explícitamente en el anteproyecto como los “otros” mecanismos adecuados de resolución de conflictos, y que en la praxis son bastantes utilizados y con ello, su cumplimiento es efectivo por las partes, finalizando un gran número de conflictos de manera pacífica y adecuada por ellos.

Ahora bien, quienes estudiamos sobre los métodos que son los adecuados (más que alternativos) para la resolución de conflictos y que consideramos la necesi-

dad urgente del amparo constitucional de regularlos, se extraña como se ha mencionado, la referencia a grandes rasgos, respecto a situaciones específicas que pueden someterse a mediación, arbitraje u otros mecanismos adecuados de resolución de conflictos, tales como temas de familia, laboral, salud, educación y como no, hoy incluso algunas materias en sede penal. Por lo anterior, es que observamos que “todo” podría someterse a una mediación o arbitraje, pues ello es bastante amplio de entender. Sin embargo, en la realidad social y legal hoy en día, ello no se produce por distintos motivos que en otra oportunidad podemos exponer al respecto y que no es dable realizar en el presente análisis en comento. De esta manera, consideramos que es importante hacer la prevención en esta oportunidad, que hay circunstancias que definitivamente no pueden negociarse o mediar, y es algo, que como se señala en el anteproyecto debiera “asegurarse a todas las personas”, pero ello es en la práctica, lamentablemente inviable.

En definitiva, consideramos que el acceso a la justicia en este caso referencial de los mecanismos de resolución de conflictos alternativos, no se cumple a cabalidad en cuanto al *amparo y protección* para nuestros ciudadanos, pues no todo conflicto es entonces mediable o negociable, ya sea por su naturaleza o nivel de con-

flictividad en tanto y cuanto “escalada” del conflicto.

En otro sentido, es interesante la redacción de la Constitución de Ecuador de la reforma del 2008, a modo ejemplar, con relación al reconocimiento de métodos adecuados de resolución de conflictos, en algunas circunstancias, y señala, además, que tendrá aplicación específica según ley, a saber: Art. 190: *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”*.

III.- Comentario al art. 153 numeral 3 del anteproyecto constitucional

En otro capítulo del anteproyecto, y específicamente el Capítulo VII sobre el Poder Judicial, Artículo 153, numeral 3, nuevamente nos encontramos con un concepto bastante ambiguo, que señalamos no demuestra una real fortaleza para la utilización de manera primaria o incluso, preventiva de los métodos de resolución de conflictos alternativos.

El articulado reza: *“Se propenderá a la utilización del arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de resolución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán en conformidad a la ley”*. La palabra en específico de propender es definido por la RAE, según el Diccionario de la lengua española como el “Inclinarse o tender a algo”¹²⁹. De esta manera, el inclinarse por algo, solo es una posibilidad de realización, pudiendo entonces existir otras instancias de asistencia al conflicto. En definitiva, no habilita en ningún caso el asistir a un proceso de mediación, conciliación o arbitraje en primera instancia. La opción de utilizar entonces alguno de estos mecanismos, queda al arbitrio de la persona o asesoría legal del caso.

Sin embargo, consideramos que estos métodos de resolución de conflictos que son los adecuados de resolver disputas, deben tener un *carácter de preventivos* del conflicto inclusive o de la no concurrencia a juicio, en definitiva, toda vez que no existen terceros que tomen decisiones por las personas, siendo entonces ellos quienes adecuan soluciones al caso en cuestión, objetivando su real cumplimiento por ellos, al final del día. Lo anterior, sin duda, se piensa desde el punto de vista de una asesoría previa por medio de letrados del derecho o incluso, siendo los mediadores los reales “operadores de la

¹²⁹ En sitio web de la RAE: <https://dle.rae.es/propender>.

justicia”, teniendo así facultades que se deberán enmarcar en una norma específica para el buen desarrollo de la resolución de controversias.

IV.- Comentario al Art. 156 numeral 8 del anteproyecto

El citado artículo prescribe lo siguiente: *“En cada comuna del país habrá tribunales con competencia para conocer de los procesos por contravenciones, faltas legales y municipales, asuntos de carácter vecinal, de mínima cuantía y los demás que determine la ley. La ley procurará la adopción de medios alternativos de solución de conflictos de acuerdo a lo establecido en el inciso 3 del artículo 153”.*

En el mismo sentido del análisis de los artículos antes comentados, consideramos una buena manera la exposición constitucional respecto de los mecanismos adecuados de resolución de conflictos, haciendo de todas formas, las prevenciones antes mencionadas en páginas previas. Ahora bien, respecto a los comentarios del art. 156 numeral 8º, nuevamente nos hace ruido la frase “la ley procurará” entendiéndola como una posibilidad existiendo así, otras opciones de abordaje de conflictos, incluso primarias. Se sugiere en este sentido la frase de *“la ley asegura a todas las personas la adopción de medios alternativos de solución de conflictos...”*, así nuestro proyecto consti-

tucional será más armónico y en concordancia con los derechos fundamentales de acceso a la justicia, y no dejará posibilidades de interpretación.

V.- Conclusiones

Es interesante la propuesta señalada por la Comisión Experta en el definitivo texto constitucional que se deberá votar en nuestro país a finales del año 2023, en cuanto a la materia desarrollada en estas líneas sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos. Sin duda, es un gran avance para quienes creemos firmemente en que la manera de relacionarse del ser humano debe ser de la manera más adecuada y pacífica para el logro y cumplimiento de acuerdos en el tiempo.

Agregar que es importante considerar y concientizar que las personas podemos lograr soluciones colaborativas y que impliquen una buena convivencia dentro de la familia, en lugares de trabajo, en los sistemas educacionales, entre vecinos o comunidades, entre otros. Lo anterior no es solo una creencia, sino que es parte de la naturaleza del ser humano el resolver sus conflictos sin arribar a la violencia física u otros tipos de violencia. Es por ello, que se convoca a los señores/as consejeros constitucionales, dentro de lo posible, de mejorar el lenguaje y redacción de la norma, para asegurar con ello a los ciudadanos, por medio de las palabras que

son adecuadas al tratar un tema tan importante como es los mecanismos de resolución de disputas o conflictos por el ser humano. Sin duda, el adagio jurídico *“es mejor un buen acuerdo que un mal juicio”*

engloba la idea que quisimos retratar en las páginas aquí presentadas, como comentarios al anteproyecto por la Comisión Experta.

Por Ariel Pérez Aubel¹³⁰

I.- Introducción

La acción de inaplicabilidad goza de gran relevancia en nuestro ordenamiento constitucional. Muestra de ello, es que constituye el 97,07 % del total de asuntos ingresados para el conocimiento del Tribunal Constitucional¹³¹. Por su parte, la doctrina constitucional chilena ha hecho correr tinta debatiendo sobre la naturaleza de esta acción, sus efectos sobre la jurisdicción ordinaria, etc.

En el fracasado proceso constituyente al alero de la Convención Constitucional también se debatió sobre esta acción. De igual modo, durante el Proceso Constitucional en curso, la Comisión Experta tuvo que pronunciarse sobre esta acción, regular su fisonomía, requisitos, efectos, entre otras cuestiones.

El objetivo de este documento es comentar los aspectos más relevantes del Anteproyecto que elaboró la Comisión Experta a propósito de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, teniendo

en consideración también la actual regulación bajo la Constitución vigente.

II.- La acción de inaplicabilidad en el anteproyecto

El anteproyecto regula la acción de la siguiente manera:

“Artículo 169

Son atribuciones de la Corte Constitucional:

(...)

d) Resolver, por la mayoría de sus integrantes en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución.

Corresponderá a cualquiera de las salas de la Corte Constitucional declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la

¹³⁰ Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad Alberto Hurtado. Becario ANID-Subdirección de Capital Humano/Magíster Nacional/2022-folio N° 22221214. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3114-9794>.

¹³¹ Tribunal Constitucional, Cuenta Pública 2022. Disponible en: <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/03/CuentaPublica2022-TCC.pdf>.

resolución del asunto y que la impugnación esté fundada razonablemente. El requirente deberá acreditar, en las circunstancias concretas del caso, un vicio de inconstitucionalidad que solo sea subsanable mediante la declaración de inaplicabilidad del precepto legal. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Respecto de la suspensión, el juez de la gestión pendiente tendrá siempre la atribución de ser oído en cualquier etapa del proceso de inaplicabilidad.

La cuestión podrá ser planteada ante la Corte Constitucional por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Para el caso en que la cuestión sea planteada por alguna de las partes, el juez de la gestión podrá informar acerca de la aplicación decisiva del precepto legal, lo que en todo caso no obstará para su admisión a trámite y admisibilidad.

La propuesta mantiene, en su esencia, lo que es la actual regulación de la acción de inaplicabilidad dispuesta en el artículo 93 N°6 de la Constitución. Esta es una acción que tiene por objeto la no aplica-

ción de un precepto legal cuando este produzca efectos contrarios a la Constitución. Para requerir la inaplicabilidad, se necesita de una gestión judicial pendiente, y la pueden pedir tanto las partes como el juez de dicha gestión. Los efectos de la declaración de inaplicabilidad se reducen a esa gestión, en la cual el juez no podrá aplicar el precepto legal -en caso de haberse acogido dicha acción- en la resolución del asunto.

II.- Cuatro comentarios a la propuesta

Si bien la propuesta no innova tanto, hay detalles donde sí hay cambios. Por ejemplo, se afirma que el requirente deberá acreditar: *en las circunstancias concretas del caso, un vicio de inconstitucionalidad que solo sea subsanable mediante la declaración de inaplicabilidad del precepto legal.*

Esto, en primer lugar, eleva el estándar de convicción al cual debe llegar la Corte Constitucional, pues la declaración de inaplicabilidad es la excepción, no la regla general, y debe referirse a un vicio tal que sólo sea remediable mediante la no aplicación del precepto legal. Es una diferencia relevante, que podría ser una manifestación implícita del *principio de presunción de constitucionalidad de la ley*¹³².

132 WALDRON, Jeremy (2018): "Control de Constitucionalidad y legitimidad política", en Revista Díkaion-Universidad de La Sabana (Año 32, Vol. N° 27), pp. 7-28.

En segundo lugar, señala que el requirente debe acreditar que el vicio de inconstitucionalidad se produce en las *circunstancias concretas del caso*. Y ¿por qué es relevante este detalle? Pues bien, porque la regulación constitucional vigente no señala que el requirente deba referirse a las *circunstancias concretas del caso*. Más bien, la palabra *concreta* ha sido una construcción doctrinal. Me explico, parte de la doctrina constitucional chilena señala que la acción de inaplicabilidad es *en concreto*, debido a que revisa si la aplicación del precepto genera efectos inconstitucionales en la gestión pendiente¹³³. Sin embargo otra parte de la doctrina sostiene algo diferente en torno al control concreto y afirma que la consideración del caso al que debe aplicarse el precepto impugnado sería solamente un requisito de admisibilidad que el Tribunal debe considerar¹³⁴ y otros derechamen-

te sostienen que el carácter de la inaplicabilidad es abstracto¹³⁵, lo que Salas llama inaplicabilidad impropia¹³⁶. Por su parte, Couso y Coddou reconocen que se obliga al Tribunal Constitucional a realizar un control concreto y no abstracto de constitucionalidad¹³⁷, pero que en la práctica se vuelve complejo delimitar esa naturaleza concreta ya que el constituyente derivado de 2005 cometió importantes errores en el diseño de la Acción de Inaplicabilidad¹³⁸.

La propuesta del anteproyecto, queriendo zanjar el asunto, está muy lejos de hacerlo. Si bien afirma que el requirente debe alegar el vicio de inconstitucionalidad según las circunstancias concretas, no se entiende bien si eso es un requisito de admisibilidad o es la manera en la cual luego la Corte Constitucional debe razonar para acoger o rechazar el requerimiento de inaplicabilidad. Son cuestio-

133 PICA, Rodrigo (2009): “El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el derecho chileno”, en: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (Año 16, N°2), pp. 101-136; RÍOS, Lautaro (2005): “El proyecto de reforma constitucional sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la justicia”, en: Revista Estudios Constitucionales (Vol. 3, N° 1), pp. 73-95.

134 RODRÍGUEZ, Pablo (2013): “¿Inconstitucionalidad en abstracto o en concreto?”, en: Revista de Derecho Público Iberoamericano (N° 2), pp. 15-33.

135 RODRÍGUEZ, Pablo (2013): “¿Inconstitucionalidad en abstracto o en concreto?”, en: Revista de Derecho Público Iberoamericano (N° 2), pp. 15-33.

136 SALAS, Ricardo (2018): “Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, en: Revista de Estudios Constitucionales (Año 16, N°1), pp. 187-226.

137 COUSO, Javier y CODDOU, Alberto (2010): “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”, en: Revista de Estudios Constitucionales, (Vol. 8, N°2), pp. 389-430.

138 COUSO, Javier y CODDOU, Alberto (2010): “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”, en: Revista de Estudios Constitucionales, (Vol. 8, N°2), pp. 401 y 420.

nes diferentes, que la doctrina y la jurisprudencia constitucional deberán definir a futuro.

En tercer lugar, la propuesta cambia la redacción en cuanto a uno de los requisitos de admisibilidad, señala: *que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución del asunto*. La Constitución vigente tiene otra redacción: *que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto*. El anteproyecto señala “del asunto” y la Constitución vigente “de un asunto”. No parece un cambio sustancial, pero sí lo es. Sobre todo cuando las inaplicabilidades se refieren a leyes que no son decisoria litis, sino que ordenatoria litis.

Por ejemplo, esto se ha debatido a propósito de la inaplicabilidad del artículo 4 de la Ley 19.866 que impide contratar con el Estado a quienes hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal. El Tribunal Constitucional ha señalado —en ocasiones— que este precepto legal sí resulta decisivo, justamente a propósito de la redacción que tiene nuestra Constitución:

“es menester considerar que la Constitución, en lo pertinente, exige que ‘la aplicación del precepto legal impugna-

do pueda resultar decisivo en la resolución **de un asunto**’ (artículo 93, inciso 11°). La Carta Fundamental, entonces, no establece que la norma impugnada deba resultar decisiva en la resolución **‘del’ asunto**, en el pronunciamiento final que haya de dictarse. Como ha advertido este Tribunal, ‘Al actual texto de la Carta Fundamental le basta (...) que el precepto impugnado pueda resultar decisivo en la resolución **de un asunto cualquiera**, que naturalmente deba resolverse en la gestión pendiente y que, para efectos del fondo, produzca en esa gestión en que pueda aplicarse, un resultado contrario a la Constitución’ (STC Rol N° 1061-08, considerandos 8° y 9°). Como se ha visto en el considerando precedente, es precisamente lo que acontece en la especie.”¹³⁹.

Como vemos, no es baladí este cambio. El anteproyecto zanja este debate al afirmar que el precepto legal debe ser decisivo para la resolución **del asunto**, pues de esa manera se excluyen todos aquellos preceptos que no corresponden al material normativo que utilizará el juez directamente para resolver la controversia jurídica.

En cuarto lugar, la redacción del articulado constitucional sobre inaplicabilidad

¹³⁹ Tribunal Constitucional, Rol N° 10.186-2021.

sigue dejando abierta la discusión de si se admitiría alegar vicios de inconstitucionalidad de forma a través de la acción de inaplicabilidad. La doctrina constitucional chilena ha debatido acerca de la procedencia o no de la acción de inaplicabilidad cuando esta se refiere a vicios de forma. De hecho, una de sus comisionadas, la profesora Catalina Salem¹⁴⁰ ha sostenido que es procedente dicha acción, siempre que se vulneren derechos fundamentales. Por otro lado, Henríquez¹⁴¹ ha sido enfática al señalar que el control de los vicios de forma no procede vía acción de inaplicabilidad, pues desnaturaliza la acción y generaliza sus efectos particulares. Es oportunidad de revisar esta discusión doctrinaria. Quizás sea bueno explicitar que el control represivo de los vicios de forma es posible, pero no vía inaplicabilidad, sino por acción directa de inconstitucionalidad, pues es el típico caso de un precepto legal que a todo evento será inconstitucional, pues fue dictado en contravención a las reglas formales de producción normativa previstas en la Constitución.

Como *bonus track*, cabe referirse a la acción de inconstitucionalidad regulada

en la letra e) del artículo 169 del anteproyecto. Esta acción se acogería sólo “*si todas las posibles aplicaciones del precepto cuestionado son inconstitucionales.*”

Esta propuesta podría corresponder a un reconocimiento implícito de la presunción de constitucionalidad de la ley¹⁴², es decir, se presume que el precepto legal es conforme a la Constitución y es deber de quien promueve la acción de inconstitucionalidad probar y argumentar que, en todas las aplicaciones, ese precepto legal es inconstitucional. Es una innovación importante. El estándar para acoger la inconstitucionalidad es muy alto, y se replica algo que ya mencionamos a propósito de la inaplicabilidad.

Lo particular y lo que debería cambiar de la redacción es el uso de la palabra “aplicaciones”, toda vez que debiera decir “interpretaciones”. Aplicar supone que existen gestiones pendientes, o que hay un operador de la jurisdicción ordinaria, un juez, que aplicaría el precepto a hechos (subsumir). Pero en esta acción no hay juez, porque no hay gestión pendiente, ya que es diferente de la inaplicabilidad. No hay subsunción. Además ¿basta con imaginar una “aplicación” constitucional para

140 SALEM, Catalina (2022): “Los casos de ‘rentas vitalicias’ y la consolidación de la acción de inaplicabilidad como amparo de derechos contra actos del legislador”, en: *Revista Actualidad Jurídica* (Año XXIII, N°46), p. 247-269.

141 HENRÍQUEZ, Miriam (2017): “Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia”, en: *Revista de Derecho Ucuval*, (Año 13, N° 15.), pp. 49-68.

142 WALDRON, Jeremy (2018): “Control de Constitucionalidad y legitimidad política”, en *Revista Dikaion-Universidad de La Sabana* (Año 32, Vol. N° 27), pp. 7-28.

negarse a declarar la inconstitucionalidad de dicho precepto? Seguiría siendo un juicio prospectivo sobre posibles aplicaciones futuras, pero eventuales. Lo correcto sería usar la palabra “interpretaciones”, ya que en caso de que no exista interpretación alguna que salve al precepto legal de conformarse con la Constitución, sólo en ese caso, debe declararse su inconstitucionalidad.

Además, esta acción sigue vinculada a la acción de inaplicabilidad, pues para pedir la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, es necesario que al menos una se haya declarado la inaplicabilidad del precepto legal en cuestión. Sigue siendo problemática la vinculación que hay entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad, que ha traído críticas en la doctrina¹⁴³.

III.- Conclusiones

La Comisión Experta no innovó en la esencia de la acción de inaplicabilidad. Sin embargo, sí lo hizo a propósito del estándar de convicción al cual debe llegar la Corte Constitucional para acoger la inaplicabilidad. También en cuanto cambió la redacción al regular que el precepto legal debe ser decisivo para la resolución “del asunto”, diferente a como se regula hoy, pues dice “de un asunto”. Esto tiene efectos prácticos para, por ejemplo, declarar la inadmisibilidad en aquellos casos donde se impugne un precepto legal que no es decisivo para la resolución del conflicto.

Por otro lado, la Comisión tuvo un afán de consagrar constitucionalmente lo que parte de la doctrina ha señalado a su respecto, es decir, que es una acción en concreto. Sin embargo, sigue dejando abierto el debate, pues existen dudas de si las circunstancias concretas operan como un criterio de admisibilidad de la acción, o constituye la manera en que la Corte debe razonar para acoger o rechazar la inaplicabilidad.

Por su parte, tampoco se hace cargo sobre el debate de los vicios de forma de preceptos legales y la procedencia de la acción de inaplicabilidad en tales vicios. Además, la inaplicabilidad sigue vinculada a la acción de inconstitucionalidad, lo cual ha traído críticas doctrinarias.

El Consejo Constitucional deberá reflexionar en torno a estos asuntos y mejorar aquellos aspectos que resultan dudosos en la regulación de la acción.

¹⁴³ COUSO, Javier y CODDOU, Alberto (2010): “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”, en: Revista de Estudios Constitucionales, (Vol. 8, N°2), pp. 389-430.

